GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: LUIS ANTONIO ALVARADO PANTOJA

TOMO LXXXI - BOGOTA, COLOMBIA. AGOSTO - SEPTIEMBRE DE 1955 - NUMERO 2157 - 2158

S A L A P L E N A

PROPOSICION APROBADA EN CORTE PLENA CON MOTIVO DEL FALLECIMIENTO DEL EX-MAGISTRADO DE LA CORTE, DR. RAFAEL LEIVA CHARRY

"La Corte Suprema de Justicia registra con pena en el acta de este día el fallecimiento del doctor **Rafael Leiva Charry,** ocurrido en la ciudad de Neiva, ilustre ex-Magistrado de esta Corporación, quien prestó a la administración de justicia servicios ejemplares por la rectitud y elevación de criterio que inspiró al funcionario, y el acierto y sabiduría de sus decisiones.

"Comuníquese por la Presidencia esta moción a la señora viuda del doctor Leiva Charry, a sus hijos, al doctor José Domingo Leiva Charry, y al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. Publíquese en la GACETA JUDICIAL".

(Sesión ordinaria de Sala Plena del 31 de agosto de 1955).

PROPOSICION APROBADA EN CORTE PLENA CON MOTIVO DE LA RENUNCIA DEL MAGISTRADO DE LA CORPORACION DR. DARIO ECHANDIA

"La Corte Suprema de Justicia, reunida en Sala Plena, sabedora de la renuncia que del cargo de Magistrado ha presentado el doctor **Darío Echandía,** deplora la separación de tan eminente jurista y ejemplar juzgador, que honró con su prestancia e ilustró los anales de esta Corporación durante el tiempo en que ejerció la Magistratura de la Corte.

"Comuníquese al doctor Echandía y publíquese en la GACETA JUDICIAL".

(Sesión ordinaria del 1º de septiembre de 1955).

PROPOSICION APROBADA EN CORTE PLENA CON MOTIVO DEL FALLECIMIENTO DEL DR. MANUEL BENIGNO PARDO

"La Corte Suprema de Justicia presenta al señor Magistrado doctor **Julio Pardo Dávila** la expresión de su sentida condolencia por el fallecimiento de su ilustre padre el señor doctor **Manuel Benigno Pardo**, eminente abogado y destacado miembro de la sociedad, que reunió las más nobles calidades de patriota, de ciudadano y de jefe de familia.

"En nota de estilo transcríbase esta proposición al señor doctor Pardo Dávila y publíquese en la GACETA JUDICIAL".

(Sesión extraordinaria del 20 de septiembre de 1955).

PROPOSICION APROBADA EN CORTE PLENA CON OCASION DEL RETIRO DEL MAGISTRADO DR. NESTOR PINEDA

"La Corte Suprema de Justicia registra con íntimo sentimiento la separación del Magistrado doctor **Néstor Pineda,** en quien ella ha tenido un juzgador íntegro por su gran cultura jurídica, su laboriosidad ejemplar, su desvelado interés por la Justicia y sus excelentes condiciones de hidalguía y compañerismo.

"En nota de estilo y como testimonio expresivo de ese reconocimiento, transcríbase esta proposición aprobada por unanimidad y que todos los Magistrados suscriben, al doctor Néstor Pineda, su señora Ana Modesta Pérez de Pineda y a su señorita hija Mercedes Rosario.

"Dado en Bogotá, a veinte y dos de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco".

PROPOSICION DE RECONOCIMIENTO AL MAGISTRADO DR. ROBERTO GOENAGA POR SU DESEMPEÑO EN LA PRESIDENCIA DE LA CORTE

"Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia dejan expreso testimonio de la puntualidad observada por su colega, el doctor Roberto Goenaga, como Presidente de la Corporación; de la mesura y tacto empleados invariablemente por él al dirigir las sesiones; y del decoro con que supo representarla en los actos públicos y en las ceremonias solemnes".

(Aprobada en sesión extraordinaria de Sala Plena, el 27 de septiembre de 1955).

EL SISTEMA DEL CUOCIENTE ELECTORAL CONSAGRADO EN LA LEY 39 DE 1946. — INEXEQUIBILIDAD DEL INCISO TERCERO DEL ARTICULO PRIMERO DE LA LEY 39 DE 1946, Y DEL INCISO CUARTO DEL MISMO ARTICULO EN CUANTO ESTABLECE EL PROCEDIMIENTO DE LA ACUMULACION —LLAMADO ARRASTRE—, DE UNOS VOTOS A OTROS.—NATURALEZA DEL SUFRAGIO

1.—Lo primero en el ejercicio del sufragio es la efectividad del derecho a servirse de él por parte del ciudadano. La manera de hacerlo consiste en expresar su voluntad por medio del voto. Consignado éste, hay que cuidar de que tal manifestación de voluntad se respete y produzca sus efectos propios. Los escrutinios y el cómputo en ellos de los votos consignados en una elección han de reflejar el querer de los electores. Cualquier medio que altere o anule la expresión clara y obvia de sus sufragios, es ilícito, por contrario a los fines naturales a que los votos se destinan. La representación proporcional de los partidos debe también cumplirse, como otro de los presupuestos que legitiman la elección, pero desde luego, respetando siempre el derecho del ciudadano a elegir sus representantes y mandatarios, por efecto de su libre voluntad.

Ha de asegurarse pues la representación proporcional de los partidos, sin llegar al extremo de aplicar el voto de una persona en favor de otra u otras a quienes el sufragante no se lo otorgó. Si hay que tener en cuenta la representación proporcional de los partidos, también hay que respetar la voluntad individual del ciudadano que elige. Es natural procurar que no se produzca el fraccionamiento de los partidos, que aniquile su fuerza como tales, y coloque a un partido dado en situación inequitativa o de desproporción de sus efectivos electores frente a otro u otros. Para lograr tal objeto no ha de cambiarse sin embargo la voluntad de los electores. El remedio para evitar el fraccionamiento de los partidos hay que buscarlo por el procedimiento que deje incólume en los ciudadanos el derecho a elegir, consagrado en la ley fundamental.

2.—Cualquiera que sea el sistema de escrutinio que se aplique en una elección, los votos que no alcanzan a ciertas cifras pierden su poder electivo. La ley electoral que consagra el del cuociente contempla la ineficacia de los votos que no llegan a formar los residuos mayores, que también se reconocen con derecho a recibir puestos o casillas en el escrutinio. Sólo a éstos es lícito extender las consecuencias obvias del sistema. Mas es inadmisible, por opuesto a la voluntad del elector, trasladar su voto a personas distintas de las que señaló al sufragar.

3.—En la aplicación de la ley electoral, y previamente a la realización de cualquier escrutinio, se debe buscar la proporción en que se encuentran los sufragios de cada partido con los puestos por proveer, para sujetar a ella los resultados de la elección.

4.—En el sistema del cuociente electoral los votos de los residuos "menores" pierden su poder electivo, pero después que tales residuos se han formado como resultado de la división del total de votos de cada lista por el cuociente, o sea, una vez que todas las listas han participado en el escrutinio. Y al participar en él si sus votos no llegan al cuociente, se inscriben como residuos, de mayor a menor, pudiendo, en ese orden, recibir los puestos no adjudicados por cuociente. Las listas que no llegan al cuociente deben entrar al escrutinio con sus votos, para formar residuos, mayores o menores, según el caso.

5.—Es contrario al sistema del cuociente electoral y al principio de la influencia de las listas en las elecciones según sus sufragios, disponer que se excluyan del escrutinio las que no alcancen una cantidad de votos válidos igual a la mitad del cuociente. Tal exclusión no les dá a esas listas el derecho a influir en las elecciones.

6.—Las disposiciones de la ley 39 de 1946 que establecen el "arrastre" de unos votos por otros y que no se escruten las listas cu-

yos votos no lleguen a la mitad del cuociente, son inexequibles, por contrarias a la garantía del artículo 171 de la Constitución, que consagra el derecho de los ciudadanos A ELEGIR. LA ELECCION comprende la votación y el escrutinio. Quiere la Carta que el ciudadano pueda expresar su voluntad libremente por los nombres que sean de su agrado, y que además, consignando su voto, se escrute en forma tal que ese voto juegue en el escrutinio en igualdad de condiciones con los demás. La exclusión de los votos que no alcanzan al medio cuociente, antes del escrutinio, impide que la voluntad del elector se manifieste. La acumulación de los votos de una lista a otra, cambia la voluntad del sufragante. En ambos casos se atenta contra la garantía constitucional consignada en el artículo 171, que reconoce a todos los ciudadanos el derecho DE ELEGIR, o sea de participar por medio de su voluntad y de su voto en la elección.

7. — Es verdad que el artículo 179 de la Constitución dice que el sufragio se ejerce como función constitucional. Pero de que ello sea así no se desprende que el sufragio no sea al propio tiempo un derecho político del ciudadano.

8.—El mandato popular hay que ejercerlo conforme a precisas prescripciones de la Constitución y de las leyes. Por eso el que sufraga o elige no impone obligaciones al candidato. La actividad del elegido la regula la ley y no el elector. Para este solo objeto se dijo en la Constitución que el sufragio SE EJERCE como función constitucional, no como mandato privado. Pero además del carácter de función señalada en el artículo 179, el sufragio ES un derecho individual del ciudadano. (Artículo 171). La función mira AL EJERCICIO. El derecho es atributo esencial anterior al ejercicio.

9.—El artículo 272 de la Constitución Nacional, al consagrar la representación proporcional de los partidos, no establece que los partidos sean los que eligen y que como consecuencia existe una subordinación de los electores a lo que la ley establezca en relación con el ejercicio del sufragio y en orden a buscar esa proporcional representación de los partidos. Es obvio que ella debe alcanzarse y que en principio son rectamente ordenadas al fin perseguido por el constituyente las reglas dirigidas a realizar tal proporcionalidad. Sin embargo, ésta no es la única norma contenida en la Ley de leyes sobre la materia, ni puede afirmarse que ella tenga prelación o vigencia superior a las otras del mismo Estatuto referentes al sufragio. Semejante conclusión no puede sacarse de los términos del artículo 172, al decir que "la ley determinará la manera de hacer efectivo este derecho". El ordenamiento faculta a la ley para disponer lo que estime conveniente en orden a conseguir la proporcional representación de los partidos. Al hacerlo, el legislador debe tener en cuenta las demás disposiciones de la Carta tocantes con el sufragio. Entre ellas principalmente, la que fija en cabeza de los ciudadanos el derecho a elegir. No puede admitirse jurídicamente, que el único derecho del ciudadano en materia electoral consista en consignar su voto, solamente, y que lo que de ahí en adelante suceda les atañe a los partidos políticos y no al elector. La elección comprende la votación y el escrutinio, es decir, todo el proceso a través del cual la voluntad de los electores se manifiesta y se computa para ser reconocida en favor de determinados nombres que van a elegir. ESCRUTAR, conforme al diccionario, es "reconocer y computar los votos que para una elección se han dado". Si el sistema de escrutinio y cómputo de votos altera o hace ineficaz la voluntad del ciudadano, no desarrolla los principios y las normas de la Constitución. De conformidad con éstas, el sufragante debe concurrir a las urnas sujetándose a los procedimientos que señala el legislador, entre los cuales puede figurar el de la presentación de los electores agrupados por medio de listas que han de inscribirse con anterioridad a la elección por los partidos políticos. Además, puede la ley disponer que se cumplan otros requisitos, todos los que quepan racionalmente dentro del objeto buscado por el constituyente, de que los partidos tengan una representación proporcional a sus votos, pero siempre que no se quebranten otros preceptos de la Carta.

10.—Si una disposición legal es contraria a la Constitución, ha de declararlo así la Corte, en cumplimiento de sus atribuciones. Al hacerlo, no legisla; se limita a quitar de

la ley lo que en ella es opuesto al Estatuto fundamental de la nación. Puede suceder que al hacerlo se cambie una situación jurídica que por virtud de la norma que se declara inexequible, estaba vigente; o que se produzca ausencia de norma. Ninguno de estos supuestos ha de impedir la declaración de la Corte. El legislador en su oportunidad dispondrá lo de su incumbencia.

11.—Los defectos o imperfecciones de que adolezcan las leyes electorales, como la que fue objeto de la demanda que ahora se decide, por lo que mira a la realización de los propósitos perseguidos por el constituyente, y tocantes con la mayor o menor aproximación a la equidad, pertenecen a la competencia del legislador, que puede reemplazar por estatutos mejores los que en un momento dado rijan el procedimiento de las votaciones y los escrutinios en materia electora. A la Corte no le corresponde decidirse por la vigencia de las disposiciones que considere más convenientes, sino por la de los preceptos que no contraríen los mandatos de la Constitución.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena — Bogotá, septiembre catorce de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Alvaro Delgado Fernández, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 214 de la Constitución Nacional, demanda una declaración de inexequibilidad sobre los artículos 1º, 2º y 3º de la ley 39 de 1946, que dicen:

"Artículo 1º—En toda elección popular y en las que deban hacer las corporaciones públicas, cuando se trate de elegir más de dos ciudadanos, se empleará el sistema del cuociente electoral en la forma siguiente: El total de votos válidos obtenidos en la circunscripción electoral o en la corporación pública que hace la elección, se divide por el número de individuos que deban elegirse y el resultado es el cuociente electoral. Las listas cuyos votos válidos no hubieren alcanzado una cantidad por lo menos igual a la mitad de dicho cuociente, se excluirán del escrutinio, pero sus votos se acumularán a la del mismo partido que hubiere alcanzado mayor número, aun cuando hayan sido inscritas con distintos calificativos. Cumplida la acumulación, cada una de las listas tendrá derecho a tantos puestos cuantas veces cupiere el cuociente electoral en el total de sus votos, y si hecha la adjudicación respectiva quedaren uno o más puestos por proveer, entonces se adjudicarán a los residuos en orden descendente, previa la acumulación al mayor de los pertenecientes a las listas del mismo partido. En la adjudicación de los puestos que correspondan a cada lista se atenderá al orden de prelación de los nombres que en ella figuren, y que cuando se trate de elección popular debe ser el mismo de la regularmente inscrita. En todo empate decidirá la suerte.

"Artículo 2º—Para la inscripción de una lista será necesario hacer mención expresa del partido político por el cual se inscribe, y tanto los que soliciten la inscripción como los candidatos, harán ante el respectivo alcalde, bajo juramento, la declaración de que son afiliados a ese partido. Parágrafo. Cuando quienes soliciten la inscripción o los candidatos no se encontraren en el lugar en que aquélla debe hacerse, prestarán el juramento ante el alcalde o ante el juez municipal del lugar donde estuvieren, o ante el respectivo funcionario diplomático o consular, y de ello se extenderá la atestación correspondiente al pie del respectivo o respectivos memoriales.

"Artículo 3º—Para la inscripción de las listas de concejales también se requiere la aceptación de los candidatos en la forma prescrita en esta ley".

Afirma el demandante que los artículos transcritos infringen las disposiciones de los artículos 47, 93, 99, 105, 172 y 179 de la Constitución.

Considera la demanda que el artículo 47 del Estatuto Fundamental se viola porque él prohibe las juntas políticas de carácter permanente, y el artículo 2º de la ley acusada autoriza la creación de tales juntas o partidos en esa forma, siendo de tal naturaleza, permanente, el partido liberal y el partido conservador. Que los artículos 93 y 99 de la Carta se infringen porque de acuerdo con la ley acusada habrán de quedar vacantes varias curules de senadores y representantes, por falta de residuos suficientes para elegirlos. Que el artículo 105 se viola igualmente porque los individuos elegidos de conformidad con la ley acusada no representan a la nación entera, sino a cada partido, por la declaración de fe política a que se les obliga. El artículo 172 resulta infringido porque la ley 39 de 1946 no asegura la representación proporcional de los partidos, ya que impide escrutar varias listas y hace acumulaciones caprichosas y excluyentes de agrupaciones políticas. La inscripción de listas por partidos y el

juramento sobre fe política son contrarios a lo dispuesto en el artículo 179 de la Constitución, pues concede al elector el derecho de imponer obligaciones al elegido, ya que sus actos deberán ceñirse al mandato de las directivas políticas respectivas.

La Procuraduría General de la Nación se opone a las pretensiones de la demanda. De su exposición se transcribe:

"Como se había observado que en ocasiones, por razón de las listas disidentes se presentaban notorias injusticias, pues al sumar todos los votos emitidos a favor de un mismo partido, la verdadera representación habría sido muy superior a la obtenida con la aplicación de ese procedimiento, el legislador de 1946 decidió hacer algunas modificaciones con el objeto de asegurar mejor la representación proporcional de los partidos. Tal es la explicación de los fundamentos o finalidades de la ley acusada. Dice el artículo 172 de la Constitución (uno de los citados como infringidos por el demandante): "Cuando se vota por más de dos individuos en elección popular o en una corporación pública, se empleará el sistema del cuociente electoral u otro cualquiera que asegure la representación proporcional de los partidos. La ley determinará la manera de hacer efectivo este derecho". Se ha transcrito la disposición para destacar dos importantes aspectos de ella; se establece el sistema del cuociente electoral u otro semejante para asegurar la representación proporcional de los partidos; no de los grupos, tendencias, gremios, asociaciones, etc., sino de los partidos. Y se ordena al legislador determinar el modo de hacer efectivo este derecho. Por tanto, cuando el legislador toma medidas para garantizar el derecho de los partidos, como tales, cuando ordena que residuos de una lista se acumulen a los de otra del mismo partido, cuando exige juramentos previos para evitar posibles fraudes al espíritu de sus disposiciones, lejos de violar los mandatos de la Constitución está haciendo un esfuerzo por obedecerlos... En resumen, la ley acusada no ha dispuesto en parte alguna que se declaren sillas vacantes, ni que se admitan juntas políticas de carácter permanente, ni que se acumulen votos emitidos a favor de un partido a otro partido, ni que las listas que hayan obtenido el cuociente queden sin representación, y en consecuencia, los cargos hechos por el demandante carecen de fundamento. Si falta claridad en la ley corresponderá a quienes la aplican seguir sanas normas de interpretación, ateniéndose a su espíritu y a la doctrina constitucional, que, sin duda, imponen la representación proporcional de los partidos, y el respeto a las normas constitucionales citadas en la demanda".

La Corte considera:

Como la demanda se refiere de un modo general a la ley 39 de 1946, artículos 1º, 2º y 3º, podría pensarse que con ella se ataca el sistema del cuociente electoral, en su integridad. Si así fuere —lo que no está claro en el libelo— se contesta negando el cargo con sólo aducir el artículo 172 de la Constitución, que legitima expresamente el sistema, cuando previene que se emplee "el del cuociente electoral" u otro cualquiera que asegure la representación proporcional de los partidos.

No se ve cómo pueda la ley acusada infringir el artículo 47 de la Carta, que se refiere a juntas políticas de carácter permanente. Los partidos no son juntas políticas.

No es fundado el reparo de inconstitucional con base en los artículos 93 y 99 del Estatuto, pues no es verdad que la ley deje sillas vacantes, ya que los escrutinios absorben los puestos cuando no se asignan en razón del cuociente o del medio cuociente.

No se violan con la ley acusada los artículos 105 y 179 de la Carta. Aunque los candidatos manifiesten su adhesión a un credo político, una vez elegidos actúan como mandatarios del pueblo, en la nación o en la entidad pública correspondiente. Sirven a éstas a través de sus ideologías políticas.

El sistema del cuociente electoral, reconocido expresamente como idóneo por el Estatuto para los fines de la representación proporcional de los partidos, es un instrumento apto para realizar la proporcionalidad de representación en las elecciones.

Antes de expedirse la ley 39 de 1946, hoy vigente, regía la 67 de 1937, que establecía lo siguiente:

"Artículo 1º—En toda elección popular, y en las que deban hacer las corporaciones públicas, cuando se trate de elegir más de dos ciudadanos, se empleará el sistema del cuociente electoral en la forma siguiente:

"El total de votos válidos obtenidos en la circunscripción electoral o en la corporación pública que hace la elección, se divide por el número de individuos que deban elegirse, y el resultado es el cuociente electoral.

"Cada una de las listas cuyos votos válidos no hubieren alcanzado una cantidad por lo menos igual a la mitad de dicho cuociente, será eliminada en el escrutinio.

"El total de votos válidos de las listas que hubieren alcanzado una cantidad igual, por lo menos, a la mitad del cuociente electoral, se divide por el número de individuos que deban elegirse, y el resultado será un nuevo cuociente con el cual se hará la adjudicación de los puestos.

"Cada una de las listas que hubieren servido de base para hallar el nuevo cuociente tendrá derecho a tantos puestos cuantas veces cupiere dicho factor en el total de sus votos; y si hecha la adjudicación respectiva quedaren uno o más puestos por proveer, éstos se adjudicarán a los residuos resultantes en orden descendente".

La disposición anterior reemplazó las correspondientes de las leyes 7ª de 1932, artículo 1º, y 31 de 1929, artículo 4º. Todas ellas establecían el sistema del cuociente electoral, adicionándolo por el del medio cuociente y los residuos mayores. Esas normas tendían a dar a los partidos políticos una representación proporcional a sus efectivos electorales. Tales leyes contemplaron la necesidad de consagrar, con el sistema del cuociente, y la aceptación de los residuos mayores, un medio justo de distribuir entre los adeptos de cada partido los cargos o posiciones públicas según la fuerza de sus sufragios. Quedó sin embargo —y era natural que así sucediera— la posibilidad de que los residuos menores no alcanzaran a recibir una casilla o puesto. Tal extremo es lógico en el régimen democrático, en que prevalece la mayoría sobre la minoría, pero después de haber tenido ambas igual oportunidad. La ley 39 de 1946 introdujo al sistema precedente una modificación. Con el propósito de evitar la pérdida de los votos comprendidos en los residuos "menores", se dispuso que éstos deben acumularse a la lista que ha alcanzado más votos o al residuo "mayor" del mismo partido: "Las listas —dice la ley de 1946— cuyos votos válidos no hubieren alcanzado una cantidad por lo menos igual a la mitad de dicho cuociente, se excluirán del escrutinio, **pero sus votos se acumularán** a la del mismo partido que hubiere alcanzado mayor número, aun cuando hayan sido inscritas con distintos calificativos". "Cumplida la acumulación, cada una de las listas tendrá derecho a tantos puestos cuantas veces cupiere el cuociente en el total de votos, y si hecha la adjudicación respectiva quedaren uno o más puestos por proveer, entonces se adjudicarán a los residuos en orden descendente, **previa la acumulación** al mayor de los pertenecientes a las listas del mismo partido".

La acumulación de votos establecida en la ley 39 de 1946 introduce al sistema electoral antes viyente lo que se ha denominado "el arrastre" de unos votos por otros, y tal cosa se hizo, según se expresó en los documentos relacionados con la expedición de la misma, para evitar la pérdida de sufragios. Es necesario examinar si ese procedimiento está de acuerdo con las normas constitucionales.

Según los ordenamientos de la Carta, hay que atender a dos objetivos en la materia de que se trata: que sea efectivo el derecho a elegir, de parte de los ciudadanos (artículo 171), y que sea proporcional la representación de los partidos políticos, a los sufragios que cada uno de ellos lleva a la elección (artículo 172).

Establece el artículo 171. que **todos los ciudadanos eligen** Concejales, Diputados a las Asambleas, Representantes, Senadores y Presidente de la República. Y dispone el 172 que cuando se vote por más de dos individuos en elección popular o en una corporación pública, se emplee el sistema del cuociente electoral u otro cualquiera que asegure la representación proporcional de los partidos. Estas normas consagran el derecho de los ciudadanos a elegir sus personeros en ellas relacionados y advierten que en las elecciones los escrutinios se harán por un sistema que garantice a los partidos una representación proporcional al número de votos consignados por sus afiliados en la respectiva elección. Ambas normas deben cumplirse a un mismo tiempo. La aplicación de una sola de ellas, sin el acatamiento a la otra, dejaría sin desarrollo o ejecución la voluntad del constituyente. El ciudadano elige. Al hacerlo actúa como tal y además como miembro de un partido político. No debe perderse de vista esta dualidad de intervenciones, a fin de que al garantizarse la una, no se menoscabe la otra.

Lo primero en el ejercicio del sufragio es la efectividad del derecho a servirse de él por parte del ciudadano. La manera de hacerlo consiste en expresar su voluntad por medio del voto. Consignado éste, hay que cuidar de que tal manifestación de voluntad se respete y produzca sus efectos propios. Los escrutinios y el cómputo en ellos de los votos consignados en una elección han de reflejar el querer de los electores. Cualquier medio que altare o anule la expresión clara y

obvia de sus sufragios, es ilícito, por contrario a los fines naturales a que los votos se destinan. La representación proporcional de los partidos debe también cumplirse, como otro de los presupuestos que legitiman la elección, pero, desde luego, respetando siempre el derecho del ciudadano a elegir sus representantes y mandatarios, por efecto de su libre voluntad.

Ha de asegurarse pues la representación proporcional de los partidos, sin llegar al extremo de aplicar el voto de una persona en favor de otra u otras a quienes el sufragante no se lo otorgó. Si hay que tener en cuenta la representación proporcional de los partidos, también hay que respetar la voluntad individual del ciudadano que elige. Es natural procurar que no se produzca el fraccionamiento de los partidos, que aniquile su fuerza como tales, y coloque a un partido dado en situación inequitativa o de desproporción de sus efectivos electorales frente a otro u otros. Para lograr tal objeto no ha de cambiarse sin embargo la voluntad de los electores. El medio para lograr la proporcionalidad sería entonces peor que el mal que se quiere evitar; se formaría por ese sistema una representación, arbitraria y mecánicamente, en torno a un partido, y se alteraría el querer del elector, pasando su voto a personas por quienes éste no ha sufragado. El remedio para evitar el fraccionamiento de los partidos hay que buscarlo por otro procedimiento que deje incólume en los ciudadanos el derecho a elegir, consagrado en la ley fundamental. Que éstos puedan hacer sentir su voluntad en los comicios, sin que se la altere y reemplace por otra. No importa que sus votos no alcancen a elegir a las personas por quienes sufragan.

Cualquiera que sea el sistema de escrutinio que se aplique en una elección, los votos que no alcanzan a ciertas cifras pierden su poder electivo. La ley electoral que consagra el del cuociente contempla la ineficacia de los votos que no llegan a formar los residuos mayores, que también se reconocen con derecho a recibir puestos o casillas en el escrutinio. Sólo a esto es lícito extender las consecuencias obvias del sistema. Mas es inadmisible, por opuesto a la voluntad del elector, trasladar su voto a personas distintas de las que señaló al sufragar.

La exposición de motivos al proyecto que se convirtió en la ley 39 de 1946 habla de la conveniencia de "regulaciones tendientes a establecer el necesario equilibrio entre la libertad de elegir y la supervivencia del partido por el cual se elige o en cuyo favor se quiere ejercer la función del sufragio". Y agrega: "El hecho de que agrupaciones de ciudadanos profesantes de un mismo credo político se fraccionen para sufragar por diversas listas de ciudadanos pertenecientes a la misma colectividad, no implica una división ni una deserción ideológica, y por tanto, las consecuencias de esta conducta no deben llegar, como llegan hoy, hasta el punto de hacer nugatorio o baldío el esfuerzo realizado por todos los electores identificados en el ideal superior de sacar triunfante una misma doctrina política". Le asigna la exposición de motivos una importancia preponderante a la elección por partidos, a fin de que éstos triunfen en los comicios en proporción al número de sus votos. Se olvida que según la Constitución los partidos no eligen; eligen los ciudadanos. El fraccionamiento de los partidos puede ser el medio legítimo de un proceso que lleva a la formación de partidos nuevos. Decidir de antemano que tales divisiones no se reflejen en los escrutinios, es quitar al voto su influjo natural en las decisiones plebiscitarias. La proporcional representación de los partidos no ha de lograrse sacrificando el derecho del sufragante. Los partidos son agrupaciones de ciudadanos, que se forman para servir los intereses de éstos, cuyos derechos son anteriores a los de los partidos. La Constitución quiere que se garantice la representación proporcional de los partidos, para que los ciudadanos que los integran elijan a sus mandatarios. La proporcional representación debe alcanzarse, asegurando al propio tiempo al ciudadano la efectividad de su voto.

Conviene advertir que en la aplicación de la ley electoral, y previamente a la realización de cualquier escrutinio, se debe buscar la proporción en que se encuentran los sufragios de cada partido con los puestos por proveer, para sujetar a ella los resultados de la elección. En este punto el Consejo de Estado ha interpretado acertadamente, en numerosos fallos, la norma constitucional sobre representación proporcional de los partidos. A aquellas sentencias pertenecen los siguientes pasajes: "A fin de que el proceso general de escrutinio obedezca al principio constitucional que asegure la representación proporcional de los partidos, se efectúa la operación previa, de carácter ideal, de dividir el total de votos de la lista o listas de cada partido por el referido cuociente electoral para obtener el número de curules que a cada colectividad debe asignarse; bien entendido que si el reparto no se completa

en las divisiones mencionadas, los respectivos residuos dirán, en orden descendente, a cuál o cuáles partidos deben corresponder los puestos sobrantes". (Anales del Consejo de Estado, Tomo LVII, pág. 418). "Ha dicho esta corporación que en todo caso se debe respetar la representación proporcional de los partidos conforme al precepto de la Carta, y por ello, previamente a todo escrutinio, debe hacerse una operación aritmética ideal para deducir la representación que corresponde a cada uno de los partidos distintos que hayan inscrito sus listas para el debate, y a esta proporción deben ceñirse los escrutadores..."

Sometida a la Corte la ley 39 de 1946, para que se decida sobre su exequibilidad, y en atención a lo dispuesto por la ley 96 de 1936, orgánica de las acciones de este género, debe la Sala extender su examen a la siguiente parte del artículo 1º acusado: "Las listas cuyos votos válidos no hubieren alcanzado una cantidad por lo menos igual a la mitad de dicho cuociente, **se excluirán del escrutinio**...". Tal exclusión de votos, independientemente de la acumulación de unos a otros, ya que ésta resulta inconstitucional, como se ha visto, está de acuerdo con las exigencias de la Carta?

La ley 67 de 1937, anterior a la acusada; decía: "Cada una de las listas cuyos votos válidos no hubieren alcanzado una cantidad por lo menos igual a la mitad de dicho cuociente, **será eliminada del escrutinio**". Es decir, que la ley electoral que precedió a la que consagra el "arrastre" o acumulación de votos, y sin tener en cuenta por lo mismo esta última disposición, porque no se había dictado, establecía, sin embargo, que las listas que no alcanzaran a la mitad del cuociente, se eliminaran en el escrutinio.

No puede la Corte pasar por alto tan grave ordenamiento, que en la ley 39 de 1946 previene que se excluyan del escrutinio las listas cuyos votos válidos no llegan, por lo menos, a la mitad del cuociente.

En el sistema del cuociente electoral los votos de los residuos "menores" pierden su poder electivo, pero después que tales residuos se han formado como resultado de la división del total de votos de cada lista por el cuociente, o sea, una vez que todas las listas han participado en el escrutinio. Y al participar en él, si sus votos no llegan al cuociente, se inscriben como residuos, de mayor a menor, pudiendo, en ese orden, recibir los puestos no adjudicados por cuociente. Las listas que no llegan al cuociente deben entrar al escrutinio con sus votos, para formar residuos mayores o menores, según el caso.

Estas consideraciones ponen de manifiesto cómo es contrario al sistema del cuociente electoral, y al principio de la influencia de las listas en las eleccionse según sus sufragios, disponer que se excluyan del escrutinio las que no alcancen una cantidad de votos válidos igual a la mitad del cuociente. Tal exclusión no les dá a esas listas el derecho a influir en las elecciones. Extremo inadmisible, pues si no alcanzan al cuociente, deben figurar sus votos en condición no inferior a la de residuos, pues no se explicaría que tales votos se perdieran, habiendo sido válidamente depositados por los electores.

Las disposiciones de la ley 39 de 1946 que establecen el "arrastre" de unos votos por otros y que no se escruten las listas cuyos votos no lleguen a la mitad del cuociente, son inexequibles, por contrarias a la garantía del artículo 171 de la Constitución, que consagra el derecho de los ciudadanos **a elegir. La elección** comprende la votación y el escrutinio. Quiere la Carta que el ciudadano pueda expresar su voluntad libremente por los nombres que sean de su agrado, y que además, consignando su voto, se escrute en forma tal que ese voto juegue en el escrutinio en igualdad de condiciones con los demás. La exclusión de los votos que no alcanzan al medio cuociente, antes del escrutinio, impide que la voluntad del elector se manifieste. La acumulación de los votos de una lista a otra, cambia la voluntad del sufragante. En ambos casos se atenta contra la garantía constitucional consignada en el artículo 171, que reconoce a todos los ciudadanos el derecho **de elegir**, o sea de participar por medio de su voluntad y de su voto en la elección. Estas partes de la ley, que quebrantan la Constitución, han de declararse inexequibles.

Interpretada así la ley sobre cuociente electoral, sin la acumulación o "arrastre" de votos, y sin la pérdida de los que no llegan al cuociente, el estatuto del sufragio aparece libre de vicios de inconstitucionalidad y con aptitud bastante para realizar, dentro del marco obligatorio y básico de la proporcional representación de los partidos, que se asegura mediante la correspondiente operación matemática previa a todo escrutinio, una equitativa y justa aplicación de los votos, según la fuerza que les dá su número, el querer manifestado por los electores y una razonable disciplina de los sufragantes a las normas generales de organización de los partidos políticos.

Las consideraciones precedentes son fundamento bastante para declarar la inexequibilidad de

las partes del artículo 1º de la ley 39 de 1946 que consagran la acumulación o "arrastre" de votos y disponen el no escrutinio y pérdida de los que no llegan al medio cuociente. Sin embargo, es oportuno agregar algunas consideraciones referentes al artículo 179 de la Constitución, señalado también en la demanda como infringido por la ley acusada, y otros razonamientos tocantes con la participación de los partidos en las elecciones.

Es verdad que el artículo 179 de la Constitución dice que el sufragio se ejerce como función constitucional. Pero de que ello sea así no se desprende que el sufragio no sea al propio tiempo un derecho político del ciudadano. Son tres las normas pertinentes que deben cumplirse en relación con el sufragio: el artículo 171 de la Carta, según el cual los ciudadanos eligen; el 172, referente al sistema que asegure una representación proporcional a los partidos; y el 179, que previene que el sufragio se ejerce como función constitucional. Conviene, en orden a fijar conceptos sobre la materia, recordar los que primaron al momento de expedirse la Carta de 1886; los que inspiraron la reforma de 1910, y los que corresponden a la evolución que el derecho público ha alcanzado en la época actual.

Don Miguel Antonio Caro, artífice del Estatuto de 1886, exponía así la cuestión tocante con la índole del sufragio, en los debates correspondientes: "La naturaleza jurdica del sufragio es la cuestión preliminar que discuten los publicistas. ¿Es el sufragio un derecho anterior a la ley y que la ley debe reconocer? ¿O es una función política que el legislador confiere a los que tengan aptitud para ejercerla? Divídense en este punto los pareceres y aquí mismo se han manifestado divididos. Mas la cuestión teórica pierde su importancia desde el punto en que trate de darse a uno u otro principio justa y honrada aplicación práctica. Aunque el sufragio sea un derecho, hay que reconocer que, como todo derecho, no podrá ejercitarse sino mediante ciertas condiciones, mientras su ejercicio no pugne con superiores y más sagrados principios, porque no hay derecho contra el derecho. Los partidarios del sufragio como derecho, convienen todos en excluir a los menores de edad, a los dementes, a los procesados criminalmente; y casi todos eliminan igualmente a las mujeres, por su natural apartamiento de los negocios públicos. De otro lado, los que sostienen el sufragio como función (opinión a que yo confieso inclinarme), no tienen (sic) derecho a restringirlo arbitrariamente, sino por motivos generales de aptitud y moralidad, así como no puede restringirse sino por motivos justos, la opción a los puestos públicos. Además, aun cuando hubiese derecho a restringir el sufragio con calificaciones muy elevadas, resultaría el inconveniente de que perdería el carácter de función popular. Así, Bluntschli, que considera el sufragio como una institución de derecho público, que arranca del Estado y no de la naturaleza, es, sin embargo, partidario de la extensión del sufragio a todas las clases sociales, como función propia del ciudadano, y en atención a las tendencias democráticas del siglo; y al mismo resultado van los que, como Bismarck y Gladstone, estiman el sufragio como derecho de que no puede privarse a los ciudadanos sin cometer una violencia injustificable. De suerte que uno y otro principio, aplicados con buen criterio, convergen en la práctica a unas mismas soluciones". No era, al expedirse la Constitución de 1886, una cuestión definida la del carácter de derecho o de función que tuviese el sufragio. Los dos términos se empleaban para explicar su naturaleza jurídica, y en todo caso, se admitía por el Constituyente señor Caro, que ambas interpretaciones armonizaban con los fines propios de esa institución.

Al comentar el artículo 179, don José María Samper explica la parte del mismo en que se dice que el sufragio se ejerce como función constitucional, expresando que son distintos el mandato privado y el mandato popular, que el elector no puede imponer obligaciones al elegido, como ocurre en las relaciones privadas, y que tal es el alcance de la norma: "Así el sufragio queda calificado según su propia naturaleza: como institución, es una función constitucional necesaria para el juego de todo el organismo de la república; y como operación confiada a determinados ciudadanos, es un voto de confianza que llama al elegido a funcionar conforme a la Constitución y consultando sólo el bien público, según se lo dé a entender su conciencia". La expresión "el sufragio se ejerce como función constitucional" figura pues en el Estatuto para indicar que el elector no puede dar al elegido un mandato imperativo, con instrucciones precisas, como ocurre en el mandato particular. El mandato popular hay que ejercerlo conforme a precisas prescripciones de la Constitución y de las leyes. Por eso el que sufraga o elige no impone obligaciones al candidato. La actividad del elegido la regula la ley y no el elector. Para este solo objeto se

dijo en la Constitución que el sufragio **se ejerce** como función constitucional, no como mandato privado. Pero además del carácter de función señalada en el artículo 179, el sufragio **es un** derecho individual del ciudadano. (Artículo 171). La función mira **al ejercicio.** El derecho es atributo esencial anterior a tal ejercicio.

Estas nociones, consignadas en el Estatuto fundamental del país, han tenido una precisa definición a través de la doctrina de los expoistores, que distinguen el derecho subjetivo y la función pública del sufragio. Es verdad admitida en el derecho moderno que el sufragio es al propio tiempo un derecho individual y una función estatal. En la "Teoría General del Estado", de Carré de Malberg —entre otras obras contemporáneas que así lo proclaman— puede leerse lo siguiente, que ilustra ampliamente la materia: "En realidad, es un individuo que viene a votar, e incluso —hay que repetirlo con insistencia (ver pp. 1132 s. supra)— es a individuos a quienes la Constitución del Estado recurre para ejercer esa actividad electoral, a individuos es a quienes confiere la aptitud al voto. Y no sólo la Constitución les confiere un derecho ideal de ciudadanía activa, permitiéndoles afirmar de manera nominal su condición de agentes electorales, sino que les atribuye como propio y directamente el poder jurídico de concurrir a las operaciones electorales... Por consiguiente, cuando el ciudadano así habilitado por la ley del Estado se presenta y participa en el escrutinio, ejerce evidentemente un poder conferido a su persona, y en este sentido, un derecho propio... Hay que aplicar las mismas ideas a los ciudadanos a quienes la ley del Estado inviste del **status** de ciudadanía activa. Evidentemente, en calidad de miembros del Estado es como han sido investidos de poderes públicos **tales como el derecho de elección.** Pero, así como los Estados miembros de un Estado Federal son llamados como personas estatales a tomar parte activa en la potestad federal y ejercen, por consiguiente, esta participación a título de derecho subjetivo, así también **los ciudadanos revestidos del derecho de sufragio** son llamados al mismo como sujetos jurídicos que poseen una personalidad distinta respecto del Estado de que son miembros (f. n. 15, p. 1444, infra); y por consiguiente, en esa calidad subjetiva es como participan en el nombramiento de **los diputados,** o por lo menos en las operaciones electorales de las que surgirá dicho nombramiento. En esto **ejercen,** pues, **un derecho legal individual**... **El** individuo que, fundándose en la Constitución, pretende realizar determinados actos por cuenta del Estado, invoca así su poder personal, su derecho subjetivo, del mismo modo que la actividad que se prepara a ejercer presenta un carácter individual. Pero a medida que esta actividad se desarrolla, y **en cuanto se trata de los efectos que va a producir,** las cosas cambian de aspecto. Considerada **posteriormente y en cuanto a sus efectos,** aparece dicha actividad como emanando, no ya de tal o cual individuo, sino del Estado mismo. El autor del acto no lo cumplió como persona distinta sino como órgano. El poder que con anterioridad al acto invocaba como un derecho subjetivo ya no puede considerarse sino como una función. En una palabra, una vez realizado el acto, la personalidad del individuo órgano desaparece y se muestra plenamente la del Estado. Todo esto queda señalado de una manera particularmente clara en caso de elección. Los electores se presentan a la votación como ciudadanos que vienen a ejercer cada uno un derecho subjetivo. Después de la votación, sin embargo, el cuerpo electo de los diputados no es una asamblea de delegados de los electores, sino un órgano del Estado;... Hay que admitir, pues, que el derecho de elección es **sucesivamente** un derecho individual y una función estatal. Un derecho, en cuanto se trata para el elector de hacerse admitir a la votación y de participar en ella; una función, en cuanto se trata de los efectos que ha de producir el acto electoral una vez realizado; pues dicho acto, individual en sí, lo recoge por su cuenta el Estado y a él se lo atribuye la Constitución; por ello, produce los efectos y tiene la potestad de un acto estatal, aunque sea obra de individuos".

Nada más pertinente como comentario actual a la disposición del artículo 179 de la Carta que las consideraciones que se han transcrito. Desde cuando se expidió el Estatuto de 1886, sus autores se preocuparon por consignar su pensamiento de que el sufragio se ejerce como función constitucional, para significar que el mandato popular no envuelve las calidades del mandato particular y que por tanto el elector no impone obligaciones al elegido. El sufragio es una función del Estado, "en cuanto se trata de los efectos que ha de producir el acto electoral una vez realizado". (Carré de Malberg). Los constituyentes de 1886 así lo entendieron y tal es el alcance del ordenamiento contenido en el artículo 179 de la Carta. Pero al propio tiempo declararon, en el ar-

tículo 171, con la justificacion que ampliamente le han otorgado los expositores posteriormente, que el derecho de elección corresponde a los ciudadanos, que son los que eligen a sus mandatarios o representantes. Conviene repetir aquí el concepto del expositor citado: "es a individuos a quienes la Constitución del Estado recurre para ejercer esta actividad electoral, a individuos a quienes confiere la aptitud al voto".

Para cerrar este punto, referente a la naturaleza del sufragio, es oportuno recordar una noción elemental de fiilosofía jurídica. El Estado es una especie de asociación de personas. Quienes lo forman tienen derecho a intervenir en su dirección y gobierno. Es de derecho natural, anterior a la ley positiva, pertenecer a la sociedad humana, dentro de la cual el hombre desarrolla sus facultades y cumple sus fines propios. Por eso es también de derecho natural la facultad de intervenir en la designación de los representantes o mandatarios de la comunidad. El derecho de elegir es pues un derecho natural, inherente a la condición del hombre, como miembro de esa comunidad; es un derecho político esencial al funcionamiento de la sociedad organizada, reconocido así a sus componentes.

Si de lo expuesto resulta como consecuencia que el derecho a elegir radica en el individuo, en el ciudadano, ello no significa que a los partidos no les corresponda un papel muy importante en la función pública del sufragio. Las personas titulares del derecho electoral lo ejercen presentándose agrupadas según la ideología de cada partido. Esto tiene relación propiamente con la parte del proceso de elección llamada escrutinio. No es indiferente, ni puede serlo, la manera como se realice el cómputo de los votos consignados por los electores. De esta cuestión se ocupó el constituyente desde 1886. Entonces dijo: "Artículo 181—La ley determinará lo demás concerniente a elecciones y escrutinios, asegurando la independencia de unas y otras funciones; definirá los delitos que menoscaben la verdad y libertad del sufragio y establecerá la competente sanción penal". Nótese cómo "**lo demás** concerniente a elecciones y escrutinios" lo contempló el constituyente después de haber considerado, en disposición especial, lo relativo a radicar en el individuo el derecho a elegir, y después de establecer que por virtud del carácter de función pública que tiene el sufragio, el mandato a los elegidos no envuelve obligaciones del elegido con el elector. Ya en 1910 la reforma elevó a canon constitucional lo referente al sistema de elección (artículo 45), estableciendo que cuando se vote por más de dos individuos la elección se hará "por el sistema del voto incompleto, o del cuociente electoral, o del voto acumulativo, u otro cualquiera que asegure la representación proporcional de los partidos". No quiso el constituyente que en lo sucesivo la ley libremente estableciera normas en el particular, y señaló desde entonces el objetivo fundamental: asegurar la representación proporcional de los partidos. Posteriormente, y desde cuando se expidió el acto legislativo número 1 de 1945, artículo 77, la Constitución consagra el ordenamiento del artículo 172 hoy vigente: "Artículo 172.—Cuando se vote por más de dos individuos en elección popular o en una corporación pública, se empleará el sistema del cuociente electoral u otro cualquiera que asegure la representación proporcional de los partidos. La ley determinará la manera de hacer efectivo este derecho". La materia referente a elecciones y escrutinios, distinta de la que mira al derecho electoral por parte del ciudadano, ha tenido normas separadas y que no han sido iguales desde el año de 1886. La que dispone que los ciudadanos eligen, se ha mantenido idéntica a través de todo ese lapso.

El precedente análisis autoriza a decir, a la luz del Estatuto, que el artículo 172, al consagrar la representación proporcional de los partidos, no establece que los partidos sean los que eligen y que como consecuencia existe una subordinación de los electores a lo que la ley establezca en relación con el ejercicio del sufragio y en orden a buscar esa proporcional representación de los partidos. Es obvio que ella debe alcanzarse y que en principio son rectamente ordenadas al fin perseguido por el constituyente las reglas dirigidas a realizar tal proporcionalidad. Sin embargo, ésta no es la única norma contenida en la Ley de leyes sobre la materia, ni puede afirmarse que ella tenga prelación o vigencia superior a las otras del mismo Estatuto referente al sufragio. Semejante conclusión no puede sacarse de los términos del artículo 172, al decir que "la ley determinará la manera de hacer efectivo este derecho". El ordenamiento faculta a la ley para disponer lo que estime conveniente en orden a conseguir la proporcional representación de los partidos. Al hacerlo, el legislador debe tener en cuenta las demás disposiciones de la Carta tocantes con el sufragio. Entre ellas, principalmente, la que fija en cabeza de los ciudadanos el de-

recho a elegir. No puede admitirse, jurídicamente, que el único derecho del ciudadano en materia electoral consista en consignar su voto, solamente, y que lo que de ahí en adelante suceda les atañe a los partidos políticos y no al elector. La elección comprende la votación y el escrutinio, es decir, todo el proceso a través del cual la voluntad de los electores se manifiesta y se computa para ser reconocida en favor de determinados nombres que van a elegirse.

Escrutar, conforme al diccionario, es "reconocer y computar los votos que para una elección se han dado". Si el sistema de escrutinio y cómputo de votos altera o hace ineficaz la voluntad del ciudadano, no desarrolla los principios y las normas de la Constitución. De conformidad con éstas, el sufragante debe concurrir a las urnas sujetándose a los procedimientos que señala el legislador, entre los cuales puede figurar el de la presentación de los electores agrupados por medio de listas que han de inscribirse con anterioridad a la elección por los partidos políticos. Además, puede la ley disponer que se cumplan otros requisitos, todos los que quepan racionalmente dentro del objetivo buscado por el constituyente, de que los partidos tengan una representación proporcional a sus votos, pero siempre que no se quebranten otros preceptos de la Carta.

No pasa la Corte a reemplazar al legislador si declara inexequibibles las partes del estatuto acusado que establece que no entran al escrutinio los votos que no alcanzan al medio cuociente, y que aquél debe ir precedido de una operación matemática que establezca la proporción que en los cargos por proveer deba corresponderle a cada partido. Si una disposición legal es contraria a la Carta, ha de declararlo así la Corte, en cumplimiento de sus atribuciones. Al hacerlo, no legisla; se limita a quitar de la ley lo que en ella es opuesto al Estatuto fundamental de la nación. Puede suceder que al hacerlo se cambie una situación jurídica que por virtud de la norma que se declara inexequible, estaba vigente; o que se produzca ausencia de norma. Ninguno de estos supuestos ha de impedir la declaración de la Corte. El legislador, en su oportunidad, dispondrá lo de su incumbencia. En cuanto a iniciar los escrutinios con una operación matemática según la cual se reconozca a cada partido el derecho a llenar los puestos que le corresponden de acuerdo con sus sufragios, no es otra cosa que el acatamiento al mandato constitucional sobre representación proporcional de los partidos. Tampoco se legisla por la Corte cuando tal declaración se formula, precisamente en obedecimiento a su mandato, que impone la proporcional representación de los partidos políticos.

Finalmente, los defectos o imperfecciones de que adolezcan las leyes electorales, como la que fue objeto de la demanda que ahora se decide, por lo que mira a la realización de los propósitos perseguidos por el constituyente, y tocantes con la mayor o menor aproximación a la equidad, pertenecen a la competencia del legislador, que puede reemplazar por estatutos mejores los que en un momento dado rijan el procedimiento de las votaciones y los escrutinios en materia electoral. A la Corte no le corresponde decidirse por la vigencia de las disposiciones que considere más convenientes, sino por la de los preceptos que no contraríen los mandatos de la Constitución.

De lo expuesto se deduce que el artículo 1º de la ley 39 de 1946, en cuanto consagra el sistema del cuociente electoral, no pugna con la Constitución; pero en cuanto establece el procedimiento de acumulación (llamado "arrastre") de unos votos por otros, o excluye del escrutinio las listas cuyos votos válidos no hubieren alcanzado a la mitad del cuociente, sí contradice los ordenamientos del Estatuto. Los artículos 2º y 3º contienen normas que no se oponen a la ley fundamental. En armonía con estas conclusiones debe la Corte ponerle término al juicio.

FALLO:

La Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la atribución contenida en el artículo 214 de la Constitución Nacional, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación,

Resuelve:

1º—Es inexequible el inciso tercero del artículo 1º de la ley 39 de 1946. También lo es el inciso cuarto del mismo artículo en cuanto establece el procedimiento de la acumulación (llamado "arrastre") de unos votos a otros. Dicho artículo 1º es exequible en lo demás.

2º—Son exequibles los artículos 2º y 3º de la misma ley.

Publíquese, notifíquese y dése aviso de esta

decisión a los señores Ministros de Justicia y de Gobierno.

Roberto Goenaga—**Aníbal Cardoso Gaitán**—**Luis Enrique Cuervo**—**Ignacio Gómez Posse**—**Agustín Gómez Prada**, con salvamento de voto—**José J. Gómez R.**, con salvamento de voto.—**José. Hernández Arbeláez**, con salvamento de voto.—**Ricardo Jordán Jiménez** — **Luis Felipe Latorre**—**Julio Pardo Dávila**—**Néstor Pineda**—**Domingo Sarasty**—**Luis Zafra**, con salvamento de voto.—**Alberto Zuleta Angel**, con salvamento de voto—**Alejandro Bernate**, conjuez.—**Gustavo Fajardo Pinzón**, conjuez.—**Ernesto Melendro Lugo**, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES AGUSTIN GOMEZ PRADA, JOSE J. GOMEZ R., JOSE HERNANDEZ ARBELAEZ, LUIS ZAFRA Y ALBERTO ZULETA ANGEL

Con todo respeto por la opinión de la mayoría de la Corte, disentimos de la consignada en la anterior sentencia y estimamos que las disposiciones acusadas no adolecen de ningún vicio de inconstitucionalidad.

Se declara inexequible el inciso tercero del artículo primero en cuanto dice que "las listas cuyos votos válidos no hubieren alcanzado una cantidad por lo menos igual a la mitad de dicho cuociente **se excluirán del escrutinio**", pues ningún voto debe ser excluído del escrutinio, según el fallo. Mas se olvida el resto del inciso que dice así: "pero sus votos se acumularán a la del mismo partido que hubiere alcanzado mayor número, aun cuando hayan sido inscritos con diferentes calificativos". Lo cual significa que sí figuran en el escrutinio, pero acumulados a la lista del mismo partido que hubiere alcanzado mayor número.

La mayoría de la Corte ordena que, antes de hacer el escrutinio, debe realizarse "la operación ideal" para buscar el número de puestos o casillas que a cada partido debe corresponder, según el número de votos, y según la doctrina del Consejo de Estado. Por huír de la acumulación hubo de legislar la Corte dictando una norma no contenida en la ley acusada. Se olvida también que, si los números no engañan, al hacer esa operación se hace un arrastre o acumulación, porque los cuocientes que resulten hacen que salgan elegidos los miembros de una lista por la cual unos ciudadanos no han emitido su voto: la apariencia dice que no, pero la realidad expresa que sí se obtiene dicho resultado.

Pero el fondo de la argumentación de la sentencia se encuentra en el efecto exagerado que se le dá al artículo 171 de la Constitución, al considerar el voto como un derecho subjetivo, personal, inalienable e intransmisible: "ha de asegurarse la representación proporcional de los partidos, sin llegar al extremo de aplicar el voto de una persona en favor de otra u otras a quienes el sufragante no lo otorgó"; agrega que para lograr esa representación proporcional de los partidos "no ha de cambiarse sin embargo, la voluntad de los electores"; que la Constitución expresa en el artículo 171 que eligen los ciudadanos y no que eligen los partidos; y que al preceptuar el artículo 179 que el sufragio se ejerce como "función constitucional" apenas quiere decir lo que reza el resto de tal precepto, o sea, que ningún elector impone obligaciones a su elegido.

El fallo del cual disentimos quiso establecer, sin lograrlo, la armonía entre los artículos 171 y 172, el primero de los cuales dice que "todos los ciudadanos eligen" determinados funcionarios, y el 172 que consagra "la representación proporcional de los partidos". Y en ello radica nuestra mayor inconformidad con la providencia de la Corte, basados en el principio general de que el interés particular debe ceder ante el interés general, de que ninguna facultad o derecho, por importante que se suponga, se ejerce en sociedad sin limitación alguna, o sea, sin que sufra restricciones por fines de superior jerarquía.

La razón primordial de nuestro disentimiento se basa en el texto del art. 172 de la Carta, que es claro y definitivo al respecto al delegar en la ley la manera de hacer efectiva **"la representación proporcional de los partidos"**, no de los grupos, fracciones o tendencias en que se manifiesten las aspiraciones de un mismo partido. Y siendo el texto de sentido tan obvio y natural, no puede desatenderse su tenor literal para buscar interpretaciones que digan algo distinto de lo que sus términos manifiestan.

En ese punto y ya en el plano electoral debe decirse que la Constitución hubo de reconocer el hecho indiscutible de la existencia de los partidos políticos, que se forman por individuos que profesan las mismas doctrinas filosóficas o que, al menos, siguen tendencias u opiniones semejantes sobre los modos o maneras de gobierno. "Para que no existieran partidos —dice el doctor Carlos Martínez Silva— preciso sería que los miembros de una nación pensaran todos y sobre toda materia de una manera uniforme, o que no se preocuparan absolutamente por nada de lo que pudiera interesar a la comunidad; y como una y otra cosa son contrarias a la naturaleza

misma del hombre, fuerza será inferir que, si los partidos existen, es porque deben existir". (Obras completas, tomo III, pág. 46).

En efecto, un partido organizado debidamente y que llene los fines que debe consultar, es la más genuina manera de hacer presente la voluntad de los ciudadanos. Por eso mismo, ha de tener orientaciones, tendencias o ideas comunes, porque de lo contrario no podría subsistir; mas ha de seguir un propósito determinado, porque lo que no es concreto y práctico no mueve las muchedumbres, y los partidos tienen como distintivo especial el de ser activos y militantes, el de querer realizar en hechos un conjunto de principios doctrinarios: pero en ningún caso puede salirse de la órbita que la constitución y las leyes señalan a la conducta de los asociados, porque entonces iría contra los intereses del pueblo y contra los del Estado, y el partido dejaría de ser lo que debe ser para convertirse en facción o bando, que ni la Carta Fundamental ni las leyes podrán amparar.

Mas para que los partidos puedan llenar cumplidamente sus fines, es absolutamente indispensable que estén organizados debidamente, pues nunca ni en ningún género de actividades han podido fuerzas dispersas lograr sus propósitos. Y es obvio que la organización requiere el predominio de las mayorías, por la imposibilidad de que triunfen todos los pareceres.

"Las elecciones, sin partidos organizados (dice el propio autorizado comentador, de quien son los conceptos anteriores), serían del todo ineficaces para lograr el fin a que están destinados. Votos aislados representarían sólo opiniones e intereses individuales, que unos a otros se anularían por equivalencia de fuerzas, quedando de hecho suprimido el gobierno o confiado a minorías atómicas, las cuales carecerían de título y de apoyo material y moral para imponer obediencia. Por esta razón —concluye— **aunque el sufragio sea legalmente un derecho individual, el ejercicio de él corresponde a los partidos**". (Ibidem y se subraya, página 55).

No son, pues, los partidos los que eligen; son los ciudadanos los que eligen, pero como miembros del partido al cual pertenecen. Los electores no se presentan, por tanto, a las elecciones a expresar por medio de su voto una opinión personal, arbitraria, sino una opinión personal subordinada a las conveniencias de la fracción política a que pertenezcan.

El voto es personal, individual, inalienable e intransmisible, y la libertad de consignarlo está tutelada por la Constitución y las leyes como parte del patrimonio moral de los ciudadanos, por ser no solamente una facultad sino un deber. Pero el ejercicio de éste como el de otros derechos no es en nuestra Carta arbitrario y absoluto, sino regulado por la adecuación general, en este caso por los intereses de un partido manifestado en una opinión de cierto número. Y así como serían sancionados con nulidad los sufragios emitidos en favor de un candidato que no reuniera las condiciones prefijadas por la ley, los que no sumen el número suficiente para sacar triunfante uno propio, se lo agregan a los que en número suficiente expresan la voluntad del partido.

La Constitución no puede garantizar el triunfo de los electores que no tienen número suficiente para sacar elegido al candidato o candidatos de sus simpatías, si los sufragios emitidos no alcanzan a tener la unidad de medida de las fuerzas electorales que señala la ley; pero tampoco autoriza para que los votos de un partido sean considerados como de menor eficacia, por presentarse fraccionados por listas o por nombres o en cualquier forma. La Carta no tutela la proporcionalidad de las listas, o de los grupos que voten por ellas o por determinados candidatos: tutela y quiere que se guarde "la proporcionalidad de los partidos", esto es y según ya se ha dicho, que el partido que tenga mayor número de sufragantes elija mayor número de personas que lo representen, y que el partido que tenga menor número de sufragantes elija un número proporcionalmente menor.

Por eso Duguit comenta que el sistema de la representación proporcional "no sólo no está en contradicción con el principio de la soberanía nacional y con el del mandato representativo, sino que es el único sistema electoral adecuado a ellos. Conviene añadir —dice— que este sistema es el único capaz de atenuar la flagrante injusticia que existe en el régimen mayoritario, con el cual puede ocurrir que sólo la mitad más uno de los ciudadanos disfrute de la vida política, en tanto que la otra mitad menos uno viniese a ser algo inexistente, como condenado a muerte civil".

La representación proporcional conlleva, por tanto y por la naturaleza misma del sistema, la restricción a la libertad absoluta del sufragio, no en el sentido de que el ciudadano no pueda emitir su voto libremente, sino en el de que su conveniencia personal debe estar sujeta a la conveniencia del partido a que pertenece. Las citas ya

hechas del doctor Martínez Silva así lo dicen en forma por demás expresa y lógica.

Por si alguna duda quedara de que debe primar el interés del partido en unas elecciones por sobre el particular de sus miembros que concurren a las elecciones, terminamos haciendo las siguientes citas de autores extranjeros, que confirman las ya hechas:

"Uno de los principales méritos de la representación proporcional —dice Julien Laferriere— es el de obtener que la elección se haga, no sobre personas, sino sobre ideas, que si el elector vota por un candidato, es para que éste aplique en el parlamento cierta doctrina, o sea, la que constituye el programa del partido". Y concluye: "la representación proporcional supone en el elector una disciplina de partido y pretende imponérsela". Y en otro lugar: "Hay que reconocer que la representación proporcional tiene como resultado un aumento considerable de la acción de los partidos políticos en las elecciones, y una disminución correlativa de la acción personal de los electores". (Manuel de Droit Constitutionnel, págs. 565 a 567).

"Se hace una objeción grave contra la representación proporcional —expresa Georges Bordeau— en lo referente a las dificultades que presenta su aplicación. Primeramente, la representación reduce la libertad de escogencia de los electores. En efecto, la operación electoral reposa sobre listas de candidatos elaboradas por los partidos; el elector debe aceptar los nombres que le son propuestos, pues si se le autorizara a reemplazarlos por otros, a tergiversar sus listas, se iría contra la idea que informa la representación proporcional, que es la de hacer de la elección un debate de doctrinas y no una lucha de hombres. El elector podrá, a lo sumo, tachar ciertos nombres, pero no podrá añadir otros tomados a otras listas: está sometido a la disciplina del partido". (Manuel de Droit Constitutionnel, página 270).

En resumen y conclusión, la Corte le dio preferencia al derecho-deber del sufragio, como función individual, quitándole la eficacia que, según el artículo 172 de la Constitución, debe dársele a los partidos, para que tengan su debida representación proporcional.

Tal es nuestro concepto.

Fecha ut-supra.

Agustín Gómez Prada — José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez — Luis Zafra — Alberto Zuleta Angel.



SALA DE CASACION CIVIL

EN UN JUICIO DE SIMULACION NO ES INCONGRUENTE EL FALLO QUE DECLARA EL PAGO OCULTO INVOCADO Y DEMOSTRADO POR EL DEMANDADO. DOCTRINA DE LA SIMULACION-PREVALENCIA. — SIMULACION RELATIVA POR INTERPOSICION DE PERSONA. — DONACIONES DISFRAZADAS DE VENTA POR TESTAFERRO. —PODERES DEL SENTENCIADOR EN CUANTO A LA PRUEBA DEL PACTO OCULTO AL TRAVES DE INFERENCIAS

1.—Si el vendedor o sus herederos demandan la simulación relativa de una compraventa, sosteniendo que bajo la apariencia de ésta se ha celebrado secretamente un pacto prohibido por la ley el cual debe declararse nulo, y el comprador demandado, al contestar la demanda, acepta que realmente la compraventa encubre una convención distinta a la ostensible, pero al mismo tiempo alega que el contrato disimulado por las partes contratantes no es el que asevera el actor sino uno perfectamente válido, y este extremo de la defensa se logra acreditar plenamente en el curso de la litis, el fallo que reconozca y declare la existencia del contrato secreto invocado por el demandado, no puede tacharse de incongruente con las pretensiones de los litigantes. La sentencia no ha decidido sobre puntos ajenos a la controversia (EXTRA PETITA), porque la declaración de existencia del contrato oculto alegado por el demandado como excepción o medio de enervar en parte los efectos de la acción incoada, no excede el ámbito de la LITIS CONTESTATIO integrada por las opuestas pretensiones del actor y del reo.

2.—La Corte en fallos recientes ha reiterado la doctrina jurisprudencial sobre la simulación-prevalencia, consagrada por esta Sala desde el año de 1935 y mantenida con algunas vacilaciones y restricciones en el período 1941-1954. A partir del fallo del 8 de junio de 1954 (LXXVII), proferido en Sala Plena de Casación Civil, esta corporación ha venido aplicando aquella doctrina a todos los negocios simulados.

Según la doctrina de la Corte, la simulación se caracteriza por una divergencia intencional entre la declaración ostensible de las partes y el querer oculto de ellas. Supone el nacimiento coetáneo de dos actos, uno visible y otro invisible: el segundo suprime, adiciona, altera o modifica los efectos o la naturaleza del primero. Se llama contraestipulación el acto secreto u oculto. La declaración ostensible, deliberadamente contraria al concurso real de voluntades de las partes, va dirigida a producir en los demás una falsa figura del convenio. De suyo el acto secreto no es nulo. Una persona, movida por causa justa, puede obligarse ocultatamente a otra, desde que su consentimiento no adolezca de vicio y recaiga sobre objeto lícito. Lo que puede hacerse en público puede efectuarse en privado, aunque el contrato tenga como envoltura uno ficticio. Cumplidos los requisitos necesarios a toda declaración válida de voluntad, faltaría por inquirir si se ha omitido alguno de los que las leyes prescriben para el valor de ciertos negocios en consideración a su naturaleza. Si también éstos se han llenado aunque sea prestándole el ostensible sus formalidades al secreto, no puede negarse la validez del último. Cuando faltan capacidad, o perfecto consentimiento, o causa u objeto lícitos, o las solemnidades a que el acto o contrato verdadero esté subordinado según su naturaleza, se afectan lo visible y lo invisible, pero no por el hecho mismo de la simulación sino por la existencia del vicio. La simulación es absoluta o integral cuando el acto oculto suprime o destruye totalmente los efectos del acto ostensible. La simulación es relativa cuando el acto aparente encubre los efectos del acto oculto que las partes han querido realmente celebrar. La simulación es susceptible de diversidad de formas, como lo tiene estudiado la doctrina de la Corte, y según que deba considerarse como integral o parcial, de fin o de medio, de esencia, de naturaleza, de accidente o de interposición, sus repercusiones y conse-

cuencias son distintas, y están gobernadas por diversas normas jurídicas.

3.—La jurisprudencia de la Corte ve una especie de simulación relativa en los casos de negocios celebrados con interposición de persona, o sea, cuando el contrato aparente figura como contratante una persona distinta de la que realmente se vincula en la relación jurídica por virtud del acto secreto. En el comercio jurídico muchos contratos se realizan con interposición de personas que sólo en apariencia tienen la condición de contratantes pero que en realidad obran para un tercero que se mantiene oculto y que es el verdadero titular de los derechos que emanan del negocio celebrado. En la simulación relativa por interposición de persona se aplican las normas generales que estructuran aquella figura jurídica: el acto oculto es en principio válido, pero él puede invalidarse cuando adolece de algún motivo de nulidad, como por objeto o causa ilícitos. A veces por medio de la interposición de persona, se quiere eludir con fraude de la ley alguna de sus prohibiciones, caso en el cual es absolutamente nulo el contrato oculto por la ilicitud de su objeto. El C. C. se refiere expresamente a la interposición de persona para prohibir el acto o contrato celebrado en esa forma, como cuando el artículo 2170 establece que "no podrá el mandatario por sí NI POR INTERPUESTA PERSONA, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado comprar, si no fuere con autorización expresa del mandante", disposición aplicable a los síndicos de los concursos y albaceas en cuanto a los bienes que hayan de pasar por sus manos en virtud de estos encargos, según el art. 1856.

4.—Cuando una persona vende ficticiamente un inmueble a otra con el fin oculto de que ésta, en cumplimiento de instrucciones de aquélla, traspase el bien a un hijo suyo que lo recibe como donatario, se configura una simulación relativa y de medio, con interposición de persona. Por la compraventa ficticia se simula la manera de alcanzar el fin verdaderamente buscado, que es la enajenación del bien a título de donación a favor del hijo, para lo cual el donante se sirve de un intermediario o testaferro. No es una operación —para llamar así la serie de actos que la integran— completamente simulada, esto es, neutralizada o destruída en sus efectos, por una contraestipulación, porque no se hace con el objeto de que el dominio del inmueble permanezca aparentemente en el patrimonio del supuesto comprador y realmente en el del supuesto vendedor al tenor del contrato oculto, sino para que de acuerdo con el encargo secreto y según instrucciones lo haga llegar al patrimonio del verdadero titular que es el donatario. Se trata de una simulación que afecta no la esencia vital del contrato sino solamente su naturaleza, vistiendo una donación con la apariencia de una venta, y añadiendo para ocultar el verdadero beneficiario, el juego de una interposición de persona. Lo simulado no es la enajenación, puesto que el supuesto vendedor sí ha tenido la decisión de desprenderse de la propiedad de su finca, sólo que optando por un medio aparente para dar realidad al fin querido. El resultado es, pues, inatacable en el concepto de falta de consentimiento para la transferencia de la propiedad. El heredero del aparente vendedor que obre en representación y provecho de la sucesión y no como tercero en relación con el contrato celebrado con el DE CUJUS, no puede encaminar la acción de simulación a otro fin que la prevalencia del acto secreto sobre el ostensible celebrado entre las mismas partes, y de consiguiente, en rigor jurídico, el heredero sólo tiene la acción que tendría su causante contra el testaferro para exigirle el cumplimiento de la comisión o encargo de confianza que se le dió, y respecto de él y en esta parte constituye la contraestipulación que rige sus relaciones recíprocas. La demanda contra el intermediario que cumplió su encargo, transfiriendo el dominio de la finca al destinatario de la liberalidad realizada con su mediación, dejando al donatario real fuera de la acción, es una demanda mal enderezada, inconducente al fin que se busca, inexplicable casi, habiéndole señalado al demandado el simple papel de intermediario, con un encargo secreto que lo coloca más bien en una relación de mandatario con el aparente vendedor y real donante, ya que como lo ha dicho esta Sala, "en la legislación colombiana el mandato no es esencialmente representativo. Dentro de su conformación jurídica caben el mandato ostensible y el secreto, el testaferro, la interposición de per-

sona en todas sus formas lícitas, y el acto jurídico del mandatario como persona interesada, siempre que el mandante tenga voluntad de obligarse. Es posible el mandato sin representación". En un caso como el cuestionado, es indudable que la parte actora está en la obligación de establecer el contenido total de la relación jurídica creada por los contratantes de acuerdo con los términos inequívocos en que se ha planteado el caso de simulación, para lo cual es necesario encaminar su acción contra el beneficiario de la donación, porque es solamente al ingresar al patrimonio suyo el inmueble, cuando culmina, al través del intermediario, la donación realmente querida y buscada por el supuesto vendedor. Sin la audiencia del donatario resulta imposible establecer la existencia de la donación como contrato disimulado por la venta, no nulo por ese solo hecho sino anulable de acuerdo con los principios generales que gobiernan estos contratos, y en ausencia de aquél tampoco es posible apreciar la validez del pacto que se pretende oculto, porque los vicios o irregularidades capaces de anular una donación no pueden ser alegados y demostrados sino con intervención del donatario mismo (Casación marzo 28 de 1939, XLVII, 721-723).

5.—También ha decidido la Corte que la venta ficticia de unos inmuebles hecha por una persona a otra para que ésta los traspase a la cónyuge del primero a título de donación, entraña una simulación relativa, pues bajo la apariencia de la compraventa se ha querido en el pacto oculto y por medio de intermediario, hacer una liberalidad que vale como donación revocable entre cónyuges, confirmada por la muerte del donante sin haberla revocado, en cuanto no menoscabe los derechos de los legitimarios (C. C., artículos 1056, 1195, 1196, 1203 y 1204). En las donaciones, tanto revocables como irrevocables, la ley pone un límite a la generosidad o voluntad del donante en consideración a ciertas personas, como los legitimarios; de ahí la reforma del testamento cuando se disminuye una legítima; de ahí también la reducción o rescisión de las donaciones entre vivos cuando se afectan con ellas derechos de los legitimarios. Cuando se declare que un pacto de compraventa es simulado y que encubre una donación, no debe perderse de vista lo anterior, y por eso sólo se le puede dar validez en cuanto no afecte los derechos de los legitimarios, porque de no entender así las cosas, bastaría una simulación que encubriera una donación para que los derechos de los legitimarios quedaran desconocidos o mermados. Para evitar esto es para lo que se dá precisamente acción a esos herederos para intentar o impetrar la declaración de simulación (Casación, septiembre 23 de 1942, LIV bis, 122).

6.—Cuando la intención real de los contratantes en la contraestipulación es desentrañada por el Tribunal al través de inferencias con base en confesiones que aparecen en documentos públicos procedentes de las mismas partes, los poderes del sentenciador en este campo de la prueba indiciaria son generalmente soberanos, pues no apareciendo un flagrante y evidente error de hecho, su apreciación sobre el pacto oculto declarado en la sentencia es intocable en casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, diez (10) de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco (1955).

(Magistrado Ponente: Doctor Manuel Barrera Parra)

La parte actora se alzó en casación de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto el 29 de septiembre de 1954 en el juicio ordinario de Mercedes Mafla contra el Pbro. Manuel Antonio Hormaza sobre simulación de un contrato y reivindicación de unos inmuebles. Decide la Corte sobre la correspondiente demanda.

I — ANTECEDENTES:

En libelo del 14 de abril de 1952, Mercedes Mafla por medio de apoderado demandó en juicio ordinario al Pbro. Manuel Antonio Hormaza para que por sentencia definitiva se falle lo siguiente:

"I.—Que es simulado total o parcialmente el contrato contenido en la escritura pública Nº 217 de 15 de marzo de 1946, pasada ante el Notario Segundo de Ipiales; y que por lo mismo los bienes muebles e inmuebles que allí se dice vender por el causante Calixto Mafla al demandado pertenecen hasta ahora al patrimonio de dicho cau-

sante; o al patrimonio de la sociedad conyugal que él tuvo con su cónyuge sobreviviente Amada Chaves; o a entrambos patrimonios, así: el fundo Cuatis al patrimonio del causante y lo demás al de la sociedad conyugal ilíquida: Calixto Mafla-Amada Chaves.

"II.—Que consecuencialmente a la declaración anterior y porque aún en el caso de declararse que el comprador y demandado no adquiría para sí, sino que por tal contrato únicamente actuaba como testaferro, aceptó servir de testaferro para traspasar el dominio de lo vendido a la cónyuge del vendedor, doña Amada Chaves, en cuyo supuesto, el contrato es nulo absolutamente; lo que no desvirtúa la declaración impetrada de que lo vendido por la referida escritura pertenece al patrimonio del causante, al de la sociedad conyugal ilíquida o a ambos patrimonios, y en la forma indicada, se condene al demandado, a restituir a mi poderdante, como representante, ya de la mortuoria del causante, ora de la sociedad conyugal ilíquida, lo que Calixto Mafla dijo venderle por la citada escritura, esto es:

"a)—La mitad de una casa cubierta de tejas, de tapias, con patio y solar adyacente, ubicada en la población de Gualmatán, por estos linderos generales: oriente, con propiedades de Justina Pantoja y Arcesio Rosero, tapias y paredes por medio; norte, con la carrera 4ª y con propiedades de Segundo Portilla, Mariana Jiménez y Mesías Mafla, paredes y tapias por medio; occidente, con las de Epaminondas Delgado y Marco Antonio Revelo, tapias por medio; y por el sur, con la carrera 3ª.

"b).—El terreno denominado 'Cuatis', ubicado en Gualmatán, inclusive la casa de tapias cubierta de tejas en él existente, y que se alindera: oriente y norte, con propiedades de Segundo B. Ortega, zanjas por medio; occidente, con las de Salvador Mafla, zanja y tapias por medio; y sur, con camino público y propiedades de César Coral y Clemencia Ortega, bordo por medio.

"Y se le condene también a restituir los frutos naturales y civiles a que fuere obligado, según cuantía que en este juicio se demuestra.

"III.—Que se ordene la cancelación de la inscripción de la escritura contentiva del contrato en la Oficina de II. PP. y PP. de este Circuito.

"IV.—Que se condene en la misma forma que los inmuebles anteriores, al demandado, a restituir a mi poderdante, y como representante de la mortuoria del causante o de la sociedad conyugal ilíquida sobre dicha, la otra mitad de la casa ubicada en la población de Gualmatán, según los linderos transcritos".

El apoderado de Mercedes Mafla expuso como hechos fundamentales de la demanda los siguientes:

"1.—El demandado es poseedor material de los bienes vendidos a él por la escritura 217 de 15 de marzo de 1946, por razón de este título; y también de la segunda mitad de la casa a que se refiere la cláusula segunda de este instrumento, sin título de ninguna especie.

"2.—Calixto Mafla fue casado catolicamente en segundas nupcias con Amada Chaves, madrasta de mi poderdante.

"3.—Calixto Mafla antes de casarse con esta señora ya era dueño del fundo 'Cuatis', y durante el matrimonio con ella adquirió la totalidad de la casa de Gualmatán (las dos mitades proindivisas que se reivindican).

"4.—Mi poderdante es hija legítima del causante Calixto Mafla, como fruto de su primer matrimonio, y además está declarada su heredera en el sucesional que se tramita en este mismo juzgado, como aparece de la copia de la providencia respectiva que se acompaña a esta demanda.

"5.—Al celebrarse el contrato que patentiza la mentada escritura pública, Calixto Mafla no tuvo intención de transferirle el dominio al demandado de los bienes que allí le enajenan aparentemente; ni éste pagó el precio que allí se estipula simuladamente: fue pues tal contrato simulado de manera absoluta. O si algo se quiso acordar por dicho contrato fue el de encomendar al demandado sirviera de testaferro para traspasar el dominio de los bienes allí especificados a la cónyuge del vendedor, señora Amada Chaves; para eludir por este medio la prohibición que establece el artículo 3º de la Ley 28 de 1932, de vender bienes inmuebles un cónyuge al otro.

"6.—El demandado al tratar de practicarse el depósito de los bienes materia de este pleito en el sucesional del causante Calixto Mafla, se opuso como dueño y poseedor material de los mismos, y por este motivo la sucesión de Calixto Mafla está privada de la posesión de los mismos. Y él posee de buena fe".

El apoderado del demandado al descorrer el traslado de la demanda se opuso a las pretensiones de la parte actora y en cuanto a los hechos expuso:

"1º—No acepto en forma alguna el hecho marcado en el número 1º, toda vez que siguiendo al respecto la voluntad del testador Calixto Mafla,

el actual demandado ha cumplido por su parte las determinaciones testamentarias del causante

"2º—Es verdad que el extinto Calixto Mafla fue casado en segundas nupcias con la señora Amada Chaves, y eso precisamente justifica las determinaciones testamentarias del causante en favor de élla;

"3º—Es verdad que los bienes materia del juicio fueron del causante, por haber sido adquirida la finca Cuatis como consecuencia de la liquidación habida de la sucesión de la primera esposa Sra. Angelita Chaves, y la casa por compra realizada durante el segundo matrimonio, motivo por el cual esta casa entró a formar parte del haber de la sociedad conyugal por el matrimonio con Amada Chaves, propiamente hablando.

"4º—Es cierto, pero carece de interés jurídico para incoar la presente demanda.

"5º—Este hecho fue ampliamente debatido en un litigio anterior, iniciado por el propio apoderado de la parte actora en la demanda actual; y la consecuencia no fue otra que la improcedencia manifiesta de la acción; y

"6º—El Pbro. Manuel Antonio Hormaza, no sólo por sí, sino conjuntamente con la señora Amada Chaves, se opuso por la legitimidad de sus derechos al depósito que el Dr. Chaves Agudelo, como apoderado de Miguel Mafla, solicitó en la sucesión de Calixto Mafla, oposición que como era lógico y legal tuvo toda su razón de ser".

El Juzgado Civil del Circuito de Ipiales en fallo del 14 de enero de 1954 declaró improcedente la demanda con costas a cargo de la demandante.

Apelado este fallo por la parte actora, el Tribunal Superior de Pasto en sentencia del 29 de septiembre de 1954 desató la litis así:

"Primero.—El aparente contrato de compraventa, contenido en la escritura pública Nº 217 de 15 de marzo de 1946, celebrado en la Notaría Nº 2ª de Ipiales, entre el finado Calixto Mafla y el Pbro. Manuel Antonio Hormaza, sobre la mitad de la casa ubicada en el Municipio de Gualmatán y el predio denominado 'Cuatis', por las lindes fijadas en el mismo instrumento, tiene el fin real de transferir el dominio de aquellos bienes a Amada Chaves v. de Mafla, a título de gananciales y, en el excedente, con imputación a la cuarta de libre disposición, en el cual actuó el comprador aparente como mandantario del vendedor.

"Segundo. — En cuanto a las demás peticiones de la demanda, se confirma la sentencia, apelada únicamente por la actora.

"En los términos anteriores, queda reformada la sentencia de primera instancia.

"Costas comunes, en las dos instancias".

Habiéndose tramitado legalmente el recurso de casación introducido por la parte actora, el negocio se halla preparado para recibir la correspondiente decisión.

III — Sentencia recurrida.

El Tribunal, después de exponer la doctrina sobre la simulación y la división de ésta en absoluta y relativa, llega a la conclusión de que en "el contrato de compraventa, contenido en la escritura Nº 217 de 15 de marzo de 1946, celebrado por Calixto Mafla con el Pbro. Manuel Antonio Hormaza, se ha operado una simulación relativa, por cuanto aquel sirvió para encubrir la adjudicación de la mitad de la casa ubicada en Gualmatán y el predio 'Cuatis', a Amada Chaves v. de Mafla, a título de gananciales, y en cuanto al excedente, si lo hubiere, con imputación a la cuarta de libre disposición, a lo cual indudablemente quiso referirse el testador".

La simulación relativa, en sentir del Tribunal, se halla suficientemente acreditada con las declaraciones procedentes de los mismos otorgantes Calixto Mafla y Pbro. Manuel Antonio Hormaza.

El Tribunal relaciona al respecto las siguientes pruebas allegadas al juicio:

a)—"El 5 de diciembre de 1948, por escritura pública Nº 1249 pasada ante el Notario 2º de Ipiales, Calixto Mafla otorgó su testamento, en el cual hace referencia: a su primer matrimonio con Angela Chaves, los diez hijos procreados en él, entre ellos Mercedes Mafla; los bienes aportados a este primer matrimonio; a la partición extrajudicial de los bienes dejados por su primera mujer, llevada a efecto entre sus hijos; al matrimonio celebrado con su segunda mujer, Amada Chaves, con indicación de los bienes aportados a él por los dos cónyuges; a los bienes de su propiedad en el momento de otorgar su testamento y los cuales se reducen a 18 cabezas de ganado vacuno, siete de caballar y varios créditos a su favor, por una suma total le $ 2.690.00; en la cláusula novena dice que a sus hijos "Salvador, Miguel, Emiliano, Mercedes, Margarita y Rosario y a los hijos de Tomás, mis nietos, por cuenta de su legítima hereditaria que ha de corresponderles en mi sucesión, les hice los respectivos anticipos de sus legítimas, por medio de escrituras públicas otorgadas ante el señor Notario 2º de Ipiales", con reserva del usufructo

que se consolidará con la nuda propiedad a su muerte; en la décima dispone que a su mujer, Amada Chaves, se le adjudique, a título de gananciales, la casa de Gualmatán y el fundo 'Cuatis', con todos los muebles, con advertencia de que, si hubiere exceso, se impute a la 'cuarta de mejoras' (sic) en la undécima manifiesta que la casa de Gualmatán y el predio 'Cuatis' los vendió al Pbro. Dr. Hormaza, pero que con él ha convenido en declarar resuelto tal contrato, con el fin de que los traspase a su mujer Amada Chaves, "mediante el título escriturario conveniente, a fin de que mi esposa quede garantizada en la posesión real y material de esos inmuebles, mediante el correspondiente traspaso del dominio"; en fin, del remanente de los bienes instituyó como herederos a sus hijos, nietos y a su mujer (fs. 4, Cuad. Nº 30)".

"En la escritura Nº 791 de 10 de agosto de 1949, corrida ante el Notario Nº 2º de Ipiales, el Pbro. Dr. Hormaza declara que el contrato contenido en la escritura Nº 217 de 15 de marzo de 1946, "fue de mera confianza, pues el exponente no canceló al vendedor señor Calixto Mafla la suma de seiscientos pesos...."; luego declara resuelto totalmente el dicho contrato, para cumplir lo anteriormente convenido con Calixto Mafla, como consta en su memoria testamentaria; y agrega: "..... hace declaración de que dichos inmuebles antes alinderados quedan desde ahora como de propiedad exclusiva de la señora Amada Chaves v. de Mafla....., quedando ésta por lo mismo en posesión real y material de los citados inmuebles, con todas sus anexidades." (Fs 14 vto. y ss. Cuad. Nº 20).

"Al otorgamiento de la escritura Nº 791, compareció Amada Chaves de Mafla quien manifestó: "que acepta esta escritura y el contrato en ella contenido, en todas y en cada una de sus partes, manifestando que ha recibido la posesión material y real de los inmuebles de que trata este instrumento; advirtiendo también que la mitad restante de la casa con patio y huerto, situada en esta población, le corresponde a ella desde que hizo la compra del inmueble total con su esposo señor Calixto Mafla, a Telmo Ramírez....."

"Esta escritura no ha sido registrada, porque al llevar a efecto esta formalidad, el Registrador no pudo inscribirla en virtud del registro de la demanda promovida por Miguel Mafla contra el Pbro. Dr. Hormaza."

Dice el Tribunal:

"La simulación relativa está plenamente demostrada con la declaración o confesión, hecha por el causante, en el testamento otorgado mediante la escritura pública Nº 1249 de 5 de diciembre de 1948; y auncuando allí se habla de resolución del contrato, tanto del contexto del mismo testamento, como de la declaración del Pbro. Hormaza, consignada en la escritura pública Nº 791 de 10 de agosto de 1949, se deduce que el pacto secreto fue coetáneo al público de compraventa, pues allí se lee: ".... el exponente ..... declara que tal contrato de compraventa ha quedado resuelto en todas sus partes, ya que así se convino anteriormente con el señor Calixto Mafla ....."; antes había confesado que la compraventa "fue de mera confianza".

"El móvil de Calixto Mafla para la celebración del contrato simulado, queda de manifiesto si se tiene en cuenta lo dicho por él en la cláusula novena del testamento.

"Auncuando la escritura 791 de 10 de agosto de 1949, suscrita por el Pbro. Hormaza y Amada Chaves v. de Mafla, no está registrada, sirve como prueba escrita o documental para demostrar la confesión del compareciente al acto, o sea, la simulación relativa del primitivo contrato de compraventa.

"Mercedes Mafla ha probado su calidad de heredera de su padre Calixto Mafla, en su condición de hija legítima, sin objeción alguna de la contraparte.

"El interés de la actora, mediato o jurídico por lo menos, para promover la acción de simulación, se destaca de la cuantía de los bienes dejados por el causante, según lo relatado por él en la clásula séptima de su memoria testamentaria, como también por los que aparecen alistados en el inventario".

Agrega el Tribunal:

"El contrato de compraventa, celebrado entre Calixto Mafla y el Pbro. Hormaza, tuvo por fin de que los bienes compravendidos, realmente pasaran al patrimonio de Amada Chaves v. de Mafla, a título de gananciales, porque éste fue el contrato secreto convenido por las partes; por consiguiente, si esta simulación relativa no es en sí misma ilícita, no por ello puede desconocerse su verdadera finalidad o naturaleza: la adjudicación de determinados bienes a la Chaves, a título de gananciales, mediante acto entre vivos, posteriormente ratificados en el propio testamento.

"Aquella adjudicación de bienes, auncuando simulada, es válida, mas no en la forma absoluta, sino dentro de los requisitos previstos en el artículo 1375 del C. C., que dice: "Si el difunto

ha hecho la partición por acto entre vivos o por testamento, se pasará por ella en cuanto no fuere contraria a derecho ajeno." Si se relaciona este artículo con los artículos 1226 y 1275 del C. C., se verá claro el interés jurídico del demandante para pedir la declaración de simulación del contrato de compraventa, objeto de este litigio (V. art. 969 del C. J.).

"Obviamente se comprende que no sería posible el ejercicio de la acción prevista en el artículo 1275 del C. C., antes de la simulación, porque primeramente se debe precisar si el contrato de compraventa fue real o simulado, pues, sin esta declaración, el contrato aparente o público conservaría toda su eficacia, no obstante la declaración hecha por el causante en el testamento. Si así no fuera, se incurriría en un círculo vicioso: no se declara la simulación, porque el testamento no ha sido reformado; y no se reformaría éste, por cuanto no se ha declarado que el contrato de compraventa ha sido simulado, para hacer posible la colación de bienes, en su caso.

"Se deduce también la falta de interés del acto, en la sentencia protestada, porque los bienes, si se declarara la simulación, no pasarían al patrimonio del causante o de la sociedad conyugal ilíquida, sino al propio de Amada Chaves, en virtud de la disposición testamentaria. Pero esto tampoco es así, primero, porque incurre en una petición de principio al dar por probado lo mismo que es objeto del litigio; y luego, desvirtúa la propia disposición testamentaria, como el testamento mismo: aquella, porque el testador dispuso de los inmuebles, en favor de su mujer, precisamente porque los consideró de su propiedad, y para esto se cuidó de advertir que el contrato de compraventa había sido resuelto; y el testamento, por cuanto "es un acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o de una parte de **sus bienes,** para que tenga pleno efecto después de sus días ....." (art. 1055 del C. C.). No tiene, pues, por objeto el disponer de bienes ajenos, como se supone en la sentencia protestada.

"Probada la simulación relativa, según se deja visto, puede hacerse la declaración consiguiente, porque, en lo tocante a esta cuestión, son partes el causante, representado por el heredero demandante, y el comprador, Pbro. Manuel Antonio Hormaza, como parte demandada, sin que para esta declaración sea necesaria la comparecencia, como demandada, de Amada Chaves v. de Mafla, quien no aparece como contratante en el pacto contenido en la escritura pública Nº 217 de 15 de marzo de 1946.

"Para juzgar o apreciar la validez o nulidad del pacto secreto, celebrado en favor de un tercero, ya se necesita citar al juicio a éste, porque nadie puede ser juzgado sin haber sido oído en la forma legal".

El tribunal examina las demás súplicas de la demanda, las cuales resume así:

"a)— Propiedad de los bienes compravendidos simuladamente; b) nulidad del pacto en cuanto se propuso transferir los bienes a Amada Chaves de Mafla; c) restitución de ellos al haber hereditario y al de la sociedad conyugal ilíquida; d) cancelación de la diligencia de registro de la escritura respectiva; y e) condenación a la restitución de los frutos".

La sentencia rechaza tales peticiones así:

"Como todas las peticiones indicadas tienen por objeto juzgar la eficacia o nulidad del pacto secreto, mediante el cual el Pbro. Hormaza debía transferir la propiedad de los bienes a Amada Chaves de Mafla, a título de gananciales, tales declaraciones no pueden pronunciarse sino con audiencia de la directamente interesada, la Chaves de Mafla pero como no ha sido demandada, resulta probada la excepción de ilegitimidad de personería en la parte demandada, esto es, la demanda, por este aspecto, fue deficiente o incompleta.

"Bastaría esto para desechar las peticiones; sin embargo, no obstante el riesgo de repetir lo ya dicho antes, se hará en breve estudio al respecto de cada una de ellas.

"a)—Propiedad de los bienes. Mientras esté vigente el pacto secreto, no puede resolverse nada respecto de la propiedad **actual** de la mitad de la casa de Gualmatán y del predio 'Cuatis', porque se entraría a juzgar sobre la ineficacia del dicho pacto, sin la concurrencia de la beneficiaria, Amada Chaves, una vez que solamente se ha probado la simulación relativa.

"b)—Sobre la nulidad del pacto secreto, fuera de la razón apuntada antes, el causante tiene facultad para hacer la partición de bienes por acto entre vivos o por testamento; y en caso de desconocer o afectar derechos ajenos, la acción indicada sería distinta a la de nulidad.

"c)—Restitución de los bienes. Si no prosperan las acciones antes examinadas, tampoco sería aceptable la restitución de los bienes, como consecuencia de aquellas.

"Además, si se trata de la acción reivindicatoria directa, no es el demandado el actual posee-

dor de los inmuebles, sino Amada Chaves, como así se demuestra en las distintas pruebas que obran en el proceso, inclusive en la diligencia de secuestro de los bienes, en el sucesional de Calixto Mafla, en la cual concurrió la Chaves como poseedora; y el hecho de haber dejado al Pbro. Hormaza como secuestre, no lo inviste de la posesión de ellos, si se tiene en cuenta el artículo 2273 del C. C., en relación con el artículo 775 del mismo Código.

"d)—Cancelación de la nota de registro. Como el acto o contrato público presta al secreto o privado las formalidades externas, mientras subsista éste, no puede ordenarse la cancelación de la nota de registro, necesario complemento de la escritura pública respectiva (artículo 1375 del C. C.; artículo 969 del C. J.; artículo 35 de la Ley 57 de 1887).

"e) Condenación al pago de los frutos. Como esta acción es consecuencial, negadas las principales, por el mismo hecho queda sin base.

"En conclusión, sobre estas últimas peticiones que acaban de estudiarse, se halla probada la excepción de petición de modo indebido, tanto en lo que atañe al ejercicio de la acción, como en lo concerniente a la incompleta constitución de la parte demandada".

III — Demanda de casación.

El recurrente acusa la sentencia del Tribunal de Pasto por las causales primera y segunda del artículo 520 del Código Judicial.

Con base en la causal segunda se hacen a la sentencia dos cargos:

1º—El fallo se dictó con desacato de las normas contenidas en los artículos 471 y 593 del Código Judicial, porque la decisión del Tribunal es incongruente, desarmónica y fuera del límite jurisdiccional fijado por la demanda y la respuesta, ya que la sentencia declaró como pacto oculto o secreto uno que ninguna de las partes sostiene o aduce;

2º—El fallo se pronunció con incumplimiento de las mismas normas procesales, porque la sentencia acusada dejó de fallar la acción reivindicatoria respecto de la mitad de la casa ubicada en Gualmatán.

Con fundamento en la causal primera se formulan los siguientes cargos:

1º—Error manifiesto de hecho en la interpretación de la demanda, a consecuencia del cual el sentenciador infringió los artículos 6º, 1196 —inciso final—, 1375, 1494, 1450, 1523, 1741, 1746 y 1852 del Código Civil; 3º y 7º de la Ley 28 de 1932;

2º—Error de hecho y de derecho, en la apreciación de las pruebas que cita en su libelo. Se citan como infringidos los artículos 604, 605 y 606 del Código Judicial; 6º, 1196, 1375, 1450, 1494, 1502, 1602, 1618, 1741, 1746, 1766, 1769, 1852 y 2142 del Código Civil; 3º y 7º de la Ley 28 de 1932;

3º—Error manifiesto de hecho y error de derecho en la apreciación de las pruebas que menciona en la demanda. Se mencionan como violados los artículos 673, 740, 762, 775, 946, 952, 981, 1055, 1781, 1830 y 2273 del Código Civil;

4º—Violación de los artículos 343 del Código Judicial, y 762, 789, 946, 952, 961 y 2652 del Código Civil, ya de manera directa, ya por error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

IV — Examen de los cargos.

De acuerdo con el artículo 537 se examinan en orden lógico las causales aducidas.

A—Causal segunda.

Cargo primero. — En sentir del recurrente la sentencia acusada no guarda congruencia y armonía con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, a causa de haberse dictado más allá del límite jurisdiccional fijado por la demanda y la respuesta, ya que el Tribunal al resolver sobre la súplica de simulación relativa declaró como pacto oculto o secreto uno que ninguna de las partes sostiene.

La parte actora sostuvo que la compraventa celebrada entre el finado Calixto Mafla y el Pbro. Manuel Antonio Hormaza era simulada de manera absoluta o relativa, porque: o no hubo precio ni intención de transferir el dominio por parte del aparente vendedor, ni intención de adquirirlo por parte del aparente comprador, o sólo se quiso encomendar al aparente vendedor que sirviera como testaferro para traspasar el dominio de los bienes allí especificados a favor de la cónyuge del aparente vendedor Amada Chaves de Mafla, a título de compraventa, contrato prohibido al tenor del art. 3º de la Ley 28 de 1932.

El Tribunal rechazó la súplica de simulación absoluta, pero aceptó la de simulación relativa o parcial, al declarar que por la compraventa se había disfrazado un contrato de mandato conferido por el aparente vendedor al aparente com-

prador para que éste traspasara a Amada Chaves de Mafla el dominio de aquellos bienes, a título de adjudicación de gananciales, y en cuanto excediera, a título de donación imputable a la cuarta de libre disposición.

Al sustentar este cargo el recurrente expone lo siguiente:

"Se demandó el reconocimiento por la justicia de que el contrato público o aparente, disfrazaba tal mandato dado por el sedicente vendedor al sedicente comprador: de vender bienes raíces de un cónyuge a otro cónyuge, mediante una persona interpuesta, evadiendo la prohibición legal al respecto. Y este es el pacto oculto que, por su parte, sostiene el demandado existe en la realidad, y pactó con el sedicente vendedor, como claramente él lo dice, a través de todo el curso del juicio, especialmente, en las posiciones que dejo transcritas al hacer el resumen de esta demanda de casación, bajo el epígrafe: **"Contestación"**. Pero ¡eh aquí! que la sentencia reconoce otra clase de pacto secreto que ninguna de las partes sostiene o aduce: ni se pretende por motivo de la acción instaurada o de las excepciones contrapuestas. Reconoce en la escritura, en síntesis, el fallo, una simulación relativa no demandada, que tiene el significado, para el sentenciador de segunda instancia, de un traspaso de bienes raíces entre cónyuges, a título de gananciales, o anticipo de los mismos, mejor dicho, en parte; y en parte, a título de donación revocable, imputable a la cuarta de libre disposición de los bienes del sedicente vendedor Calixto Mafla. Simulación ésta que, naturalmente, no implica violación del artículo 3º de la Ley 28 de 1932; porque es muy sabido que los cónyuges directamente o por interpuesta persona, que entre ellos actúe como testaferro, 'le remplacante', 'prete-nom', 'fantoche', 'muñeco' u 'hombre de paja', pueden liquidar parcialmente la sociedad conyugal, de manera provisional, mejor, hacerse las adjudicaciones correspondientes, o, inclusive, hacerse donaciones revocables por escritura pública o acto entre vivos, donaciones que tienen este valor aunque sean hechas en forma de irrevocables. Y simulación que, por lo tanto, no **es la demandada.** Ni es la confesada por el demandado, o aceptada por éste. Ya que la simulación demandada, o el contrato secreto que en el juicio se persigue descubrir, es de otra laya; uno ilícito, con fraude a la ley, o traspaso a título de venta de bienes raíces entre cónyuges.

"Si, pues, para concluir, se ha fallado que la voluntad jurídica de los sedicentes comprador y vendedor, no es la que se ha pedido declarar en la demanda, y se acepta por el demandado, sino otra que no está en consonancia con lo sostenido por los contratantes en el juicio, como pactada ocultamente por ambos, es evidente, que la sentencia recurrida, peca contra el numeral 2º del artículo 520 del C. J., esto es, es incongruente, desarmónica y más allá del límite jurisdiccional fijado por la demanda y la respuesta. Y debe casarse en razón de la causal segunda".

Se considera:

Como se ha visto anteriormente, la parte actora pidió subsidiariamente en la demanda se declarara la simulación parcial o relativa de la compraventa celebrada entre Mafla y el Pbro. Hormaza, porque la intención y voluntad ocultas de los contratantes fue constituir al aparente comprador en testaferro del aparente vendedor para transferir a su cónyuge Amada Chaves de Mafla, por venta u otro contrato prohibido por la ley entre cónyuges, los bienes inmuebles comprendidos en aquella compraventa.

Aunque en la demanda de casación el recurrente, en forma reiterada, sostiene que el objeto del mandato oculto no era sino traspasar los bienes a título de venta, y que esto aparece suficientemente demostrado en el proceso, la posición de la parte actora ha sido oscilante en las instancias, como se ostenta en estas conclusiones de su alegato de bien probado ante el juez del conocimiento:

"O se falla la nulidad por simulación absoluta, por cuanto el contrato careció de causa y no hubo precio, ni el comprador tuvo intención de adquirir, ni el vendedor de transferir.

"O se falla la simulación relativa, porque el contrato implica una donación o porque implica una simple interposición de persona, o negocio fiduciario. Si lo primero la donación será nula en todo lo que pasa de la suma de dos mil pesos (art. 1458); si lo segundo, el negocio fiduciario lo será por ir contra expresa prohibición de la ley, o por implicar un fraude al artículo 3º de la Ley 28 de 1932, que dice que son absolutamente nulos los contratos de bienes inmuebles entre cónyuges.

"Luego, si se considera que hubo simulación absoluta, debe fallarse la primera acción de la demanda; y si se acepta la excepción que propuso el demandado, de que hubo simulación relativa, ha de darse por probada o la donación en favor de la Iglesia o el negocio fiduciario, una u otra

cosa que implica contratos nulos, por ser violatorios de la ley e ir contra las expresas prohibiciones de la misma, castigadas con la nulidad que en subsidio se demanda, como lo hemos explicado en este alegato".

Las súplicas de la demanda sobre simulación relativa fueron atendidas sólo en parte por el sentenciador, como aparece de las consideraciones del fallo recurrido y de su parte resolutiva.

Es, pues, indudable que dentro de las pretensiones de la parte actora se hallaba la de obtener la declaración de que el mandato oculto o secreto se había conferido para traspasar a la cónyuge los inmuebles a título de venta y eludir así la prohibición del artículo 3º de la Ley 28 de 1932, según el cual "son nulos absolutamente entre cónyuges las donaciones irrevocables y los contratos relativos a inmuebles". Tal pretensión fue rechazada por el fallador con las razones que aparecen en las anteriores transcripciones de la sentencia acusada.

Pero el Tribunal, al decidir sobre la acción de simulación relativa y declarar la causa del traspaso de los inmuebles que el aparente comprador debería hacer a Amada Chaves de Mafla, o sea, a título de adjudicación de gananciales y —en el exceso— a título de donación revocable, dando cumplimiento al pacto oculto de partición, no falló **extra petita,** porque esa decisión coincide en parte con las pretensiones del demandado manifestadas implícitamente, en la contestación de la demanda, ya que allí el apoderado del Pbro. Hormaza hizo expresa alusión a la memoria testamentaria de Calixto Mafla y a la escritura de transferencia de los bienes inmuebles hecha por el mismo sacerdote a favor de Amada Chaves de Mafla, documentos que para el Tribunal constituyen prueba de confesión de los otorgantes sobre el acto secreto u oculto reconocido en la sentencia.

No es el caso de examinar ahora si el Tribunal incurrió en error al apreciar la prueba de confesión suministrada por el Pbro. Hormaza, la cual —en sentir del recurrente— desvirtuaría la declaración del sentenciador en cuanto al verdadero fin del mandato oculto.

Para la Sala es indudable que la decisión del Tribunal no excedió los límites fijados por las partes dentro de sus opuestas pretensiones oportunamente aducidas al través de la litis.

El mismo demandante acepta en el alegato citado que la posición asumida por el demandado entrañaba una excepción de simulación relativa.

Si el vendedor o sus herederos demandan la simulación relativa de una compraventa, sosteniendo que bajo la apariencia de ésta se ha celebrado secretamente un pacto prohibido por la ley el cual debe declararse nulo, y el comprador demandado al contestar la demanda, acepta que realmente la compraventa encubre una convención distinta a la ostensible, pero al mismo tiempo alega que el contrato disimulado por las partes contratantes no es el que asevera el actor sino uno perfectamente válido, y este extremo de la defensa se logra acreditar plenamente en el curso de la litis, el fallo que reconozca y declara la existencia del contrato secreto invocado por el demandado, no puede tacharse de incongruente con las pretensiones de los litigantes. La sentencia no ha decidido sobre puntos ajenos a la controversia **(extra petita),** porque la declaración de existencia del contrato oculto alegado por el demandado como excepción o medio de enervar en parte los efectos de la acción incoada, no excede el ámbito de la **litis contestatio** integrada por las opuestas pretensiones del actor y del reo. (Véanse casaciones: noviembre 13 de 1939, XLVIII, 878 y 879; septiembre 12 de 1941, LII, 70 y 71; septiembre 7 de 1942, LIV bis, 45).

Por consiguiente, se rechaza el cargo.

Segundo cargo.—Para el recurrente la sentencia acusada dejó de resolver sobre puntos que fueron objeto del litigio.

Así sustenta este cargo:

"Está dicho que en la demanda con que se inició el juicio se acumularon dos acciones: la de simulación y la de reivindicación de la mitad de la casa ubicada en Gualmatán, cuya mitad es objeto distinto del objeto del contrato simulado; como también que el fallo de primera instancia, en su parte resolutiva, declaró improcedente la demanda de 14 de abril de 1952. El sentenciador de segunda instancia, en su parte resolutiva, reconoce, como queda explicado, la acción de simulación relativa, para proclamar la existencia de un contrato oculto de consistencia distinta a la sostenida por las partes en el juicio. Es decir, revoca la sentencia de primera instancia; con lo cual, dada la acumulación de acciones hecha en la demanda, ha dejado de resolver la acción reivindicatoria, pues, en dicha parte resolutiva de la sentencia de segunda instancia, nada se falla al respecto. Máxime cuando se agregó por el Tribunal de Pasto: "En cuanto a las demás peticiones de la demanda, se confirma la sentencia apelada". Y como en la parte resolutiva de la sentencia apelada, sólo se dijo que la demanda era

improcedente, lo cual no lo fue para el Tribunal, es claro: que la sentencia acusada omitió decidir acerca de la acción de reivindicación acumulada a la de simulación.

"Ahora bien: una sentencia omisa, como una incongruente, como lo es la del Tribunal de Pasto, materia del recurso de casación que se viene configurando y sustentando, es una sentencia que formalmente no llena los requisitos de ley para ser tal (artículos 471 y 593 del C. J.), y por lo mismo procede contra ella la causal de casación contemplada en el numeral 2º del artículo 520 ibidem."

Se considera:

Claramente aparece que tanto en la parte motiva como en la parte resolutiva se rechaza la acción reivindicatoria directa sobre la mitad de la casa ubicada en Gualmatán.

El Tribunal considera que en lo tocante a la acción reivindicatoria directa, debe confirmarse el fallo del juez a quo que la declaró improcedente, "porque no es el demandado el actual poseedor de los inmuebles, sino Amada Chaves, como así se demuestra en las distintas pruebas que obran en el proceso.....".

La parte resolutiva del fallo debe entenderse de acuerdo con tales consideraciones, en lo tocante al rechazo de la acción reivindicatoria, por parte del Tribunal. Sin que pueda decirse que cuando en la resolución se expresa que "en cuanto a las demás peticiones de la demanda se confirma la sentencia apelada únicamente por la parte actora", no quedó decidido lo relativo a la acción reivindicatoria directa promovida por la parte actora respecto de la mitad de la casa ubicada en Gualmatán.

Por consiguiente, el cargo es infundado.

B—Causal primera.

Primer cargo.—Lo sustenta así el recurrente:

"El sentenciador de Pasto cree que la simulación solicitada respecto al contrato contenido en la escritura 217 de 15 de marzo de 1946, se ha demandado en función no sólo del acuerdo secreto de voluntades de los contratantes Calixto Mafla y Pbro. Manuel Antonio Hormaza, sino también en función del acuerdo de voluntades que patentiza la escritura pública 791 de 10 de agosto de 1940, por la cual el Presbítero dice resolver el contrato contenido en aquélla y traspasar el dominio de los bienes a Amada Chaves v. de Mafla. O lo que es lo mismo que la simulación no se demanda unilateralmente de Amada Chaves, o como obra del solo contrato pactado entre Mafla y Hormaza; y más claramente: **como resultado de la sola escritura 217.** Sino de las dos. Y por semejante creencia, es que el Tribunal llega a la conclusión, de que la simulación que él encuentra y falla, es el resultado de una doble operación, que no se puede desligar: traspaso de los bienes raíces primero de Calixto Mafla a Manuel Antonio Hormaza y luego de éste a Amada Chaves; en cuya doble operación —para el Tribunal— no es el Presbítero una persona **interpósita real,** que pueda considerársela como contratante independiente o desligado, en la demanda, de Amada Chaves.

"Y tan cierto es que el Tribunal tuvo dicha creencia, que enfáticamente habla en la parte motiva de la sentencia de que hubo en la operación simulada una **adjudicación** de bienes a título de ganaciales. Y no un propósito simplemente. Más: en razón de esta misma creencia, se negó a entrar a dilucidar si la adjudicación de bienes que resulta de la doble operación o proceso de la simulación (para él), es nula o nó, por no haberse demandado a Amada Chaves, **sosteniendo la improcedencia de la demanda".**

Y agrega el recurrente, después de citar algunos pasajes de la sentencia:

"En el libelo de demanda de 14 de abril de 1952, y como claramente se desprende del hecho 5º y 6º del mismo, se pide que el contrato contenido en la escritura 217 de 15 de marzo de 1946 sea declarado simulado, por contener él únicamente, por sí solo, y no en relación con otro alguno, un pacto secreto que es nulo, cuya nulidad debe declararse contra el contratante Pbro. Hormaza, que recibió y tiene en su poder, alegando dominio y posesión material en su favor, en razón de la escritura 217, sobre los bienes compravendidos. En ninguna parte del libelo, pues, se relaciona el contrato cuya simulación y nulidad se demanda, con el contrato contenido en la escritura 791 de 10 de agosto de 1940; ni se sostiene que el demandado Pbro. Hormaza, no haya adquirido el dominio como persona **interpósita real.** Ni se pide a la justicia que descubra lo que disimula relación jurídica alguna **trilateral,** sino la relación jurídica **bilateral,** querida y pactada entre Calixto Mafla y el Pbro. Hormaza, de acuerdo al verdadero consentimiento contenido en el fondo, y no la apariencia, del contrato que patentiza la escritura 217 tántas veces citada.

"Y ver, pues, en la demanda, a pesar de la cla-

ridad de los hechos 5º y 6º del libelo, una petición para desentrañar el sentido jurídico de una relación trilateral, que ni existe jurídicamente hablando hasta ahora, porque los bienes permanecen en cabeza del demandado Hormaza, ni se ha traído al debate, tal como éste se planteó por el demandante, y no la simple relación bilateral que contiene en la apariencia y en la realidad el contrato discutido es simplemente **cometer un error de hecho en la apreciación de la demanda que aparece de bulto;** porque, se repite, dada la claridad meridiana de tales hechos 5º y 6º de la demanda, no cabe otra interpretación de la demanda que esta: haberse demandado la prevalencia de un contrato de mandato entre los aparentes vendedor y comprador, para que éste, como persona interpósita real, haga lo que legalmente y de manera directa no puede hacer el vendedor: traspasar el dominio de bienes raíces, a título de venta, a su mujer Amada Chaves, implicando, además, el mandato traspaso de dominio del mandante al mandatario respecto a los bienes objeto del mandato O haberse demandado, en fin, que se reconoca que lo simulado fue un contrato fraudulento y violatorio de los artículos 1857 del C. C. y 3º de la ley 28 de 1932; y que el demandado tiene y retiene así, en razón de semejante contrato, los bienes que pertenecen a la sociedad conyugal e ilíquida, o a la sucesión del causante vendedor, o a ambos patrimonios; pretendiendo derecho contra estos patrimonios, a los cuales él los quiere privar de esos bienes, como expresamente lo dió a entender al oponerse a su secuestro decretado en el sucesional de Calixto Mafla, y como la justicia le reconoció, en principio, al dejar esos bienes en su poder, en su condición de poseedor material y dueño, que alegó en la diligencia de secuestro, respetándole la situación de aparente titular que le dá el contrato público que reza la escritura 217, cuando en la realidad él —oponente al secuestro— no es más que un mero mandatario y encargado del dominio y posesión de los bienes compravendidos simuladamente".

Se considera:

El recurrente tendría razón si se hubiera estimado por el Tribunal que la declaración del pacto oculto o secreto reconocido en la sentencia podía hacerse teniendo en cuenta solamente las súplicas contenidas en el mero escrito de demanda.

En realidad, como se ha visto en el examen del primer cargo por la causal segunda, en el libelo de demanda se pide la simulación absoluta o relativa del contrato de compraventa celebrado entre Calixto Mafla y el Pbro. Manuel Antonio Hormaza.

En cuanto a la simulación relativa el actor sostiene que el pacto oculto o secreto a que sirve de disfraz la compraventa, es un mandato conferido al aparente comprador para transferir a Amada Chaves de Mafla los inmuebles enajenados, por venta o por otro contrato de aquellos que la ley prohibe entre cónyuges. El actor ubica la simulación del negocio mediante la interposición de persona como un acto **in fraudem legis,** o sea, para eludir la prohibición de los contratos entre cónyuges respecto de bienes inmuebles consagrada en el artículo 3º de la Ley 28 de 1932. De ahí que en sentir del demandante el pacto oculto o secreto estaría viciado de nulidad absoluta por tener objeto ilícito, y al declararse su invalidez, los inmuebles deberían restituírse a la sucesión del finado Calixto Mafla o a la sociedad conyugal ilíquida Mafla-Chaves.

Pero es que el sentenciador falló la simulación relativa demandada, compaginando las opuestas pretensiones de ambas partes y teniendo en cuenta las peticiones del actor y las súplicas del reo, las acciones incoadas por el demandante y las excepciones formuladas por el demandado. Pues como atrás aparece discriminado, el Tribunal decidió la simulación relativa aceptando como existente el pacto secreto u oculto que se deduce de los documentos a que es refiere el demandado en la contestación de la demanda. Y así, el Tribunal llegó a la conclusión de que el pacto secreto u oculto ajustado entre Mafla y el Pbro. Hormaza era la constitución de un testaferro para una transferencia lícita de los inmuebles a Amada Chaves de Mafla por gananciales y donación revocable en cumplimiento de una partición entre vivos.

La decisión del Tribunal respecto de la simulación relativa no se podría entender con vista en las meras pretensiones y súplicas del actor, olvidando las declaraciones y hechos exceptivos del reo.

En consecuencia, no hay error de hecho en la interpretación de la demanda. El Tribunal entendió muy bien cuáles eran los extremos de la litis planteada en el libelo de demanda, pero no podía desatar la controversia olvidando la posición adoptada por el reo en su respuesta.

Debe rechazarse el cargo.

Segundo cargo.

En este cargo el recurrente acusa la sentencia como violatoria de la ley sustantiva, por errónea estimación de las pruebas que el juzgador analizó y apreció incurriendo en notorio error de hecho, e inclusive por falta de apreciación de una prueba capitalísima que se pasó por alto al proferirse el fallo, incurriendo en evidente error de hecho o en error de derecho.

Dice el recurrente:

"Para el sentenciador el testamento, y la manifestación que tiene hecha el sedicente comprador al otorgar la escritura a Amada Chaves v. de Mafla, a igual que la manifestación suya, hecha al notificarse de la primera demanda que le instauró Miguel Mafla, de que la compraventa fue simulada, demuestran, como acto secreto u oculto, que hubo una transferencia de dominio a título de partición y adjudicación de gananciales, y, en el excedente, a título de donación. Pero tal demostración no existe en el hecho, porque estas piezas procesales, ni en conjunto, ni separadamente, dan alas para concluir semejante cosa."

El recurrente cita como indebidamente apreciadas las siguientes pruebas: a). La memoria testamentaria de Calixto Mafla; b). La confesión del Pbro. Hormaza consignada en la escritura pública 791 de 10 de agosto de 1949; c). La manifestación hecha por el Pbro. Hormaza al contestar una demanda ordinaria anteriormente instaurada por Miguel Mafla.

Según el recurrente, a consecuencia del error evidente en la apreciación de estas pruebas, ya tomadas aisladamente o en su conjunto, error que aparece del contexto de ellas, porque de éste se dice otra cosa de la leída, hallada o deducida por el Tribunal, se violaron las normas que cita.

Por otra parte, el Tribunal cometió evidente error de hecho al dejar de apreciar las posiciones absueltas por el Pbro. Hormaza el 27 de febrero de 1950 ante el Juzgado Civil del Circuito de Ipiales, de cuya lectura aparece claramente demostrada la simulación relativa demandada, caso de no ser procedente la absoluta e integral, sin indagar por otros medios cuál fue la verdadera intención de los contratantes al otorgar la escritura Nº 217 de 15 de marzo de 1946, origen de este pleito.

Y por último, el Tribunal cometió error de derecho al no dar a la confesión resultante de tales posiciones su pleno valor probatorio y al no concederle fuerza prevalente sobre otras pruebas distintas.

Concluye la sustentación del cargo así:

"En otras palabras, la sentencia acusada es violatoria de la ley sustantiva (artículos 1494, 1766, 1769, 1375, 1450, 1196, 1602 y 1618 del C. C.; y 3º y 7º de la Ley 28 de 1932, en relación con el artículo 1852 de aquél), por haber apreciado la prueba de la cual deduce el Tribunal de Pasto probada la simulación relativa que reconoce la sentencia, contra el claro sentido de la confesión hecha por el demandado, de que otro, muy otro, fue el pacto secreto disfrazado por el otro. Y cuya violación se hizo por indebida aplicación de estas disposiciones. Si a la confesión se la hubiese apreciado en sí misma o en contraposición con lo que dice el testamento, la escritura 791 y demás manifestaciones del demandado que aparecen del expediente, dándole el valor, que en derecho tiene esta clase de prueba, pues, no, se hubiera incurrido en el error de derecho que aqueja a la apreciación, en general, que de la prueba aportada al debate hizo el Tribunal, para declarar que la simulación consistió en una partición de gananciales con donación de exceso y traspaso de dominio de parte de Calixto Mafla a Amada Chaves; y nó, como se demanda, y lo reconocen tales posiciones, un mandato con traspaso provisional de dominio, hasta que se lo cumpla, dado por Calixto Mafla a Manuel Antonio Hormaza, para que éste, como persona interpósita real, luego, venda a la cónyuge Amada Chaves, y cuyo mandato se hizo en fraude a lo que preceptúan los artículos 3º de la Ley 28 de 1932 y 1852 del C. C.; y nó, en síntesis, en una simple relación, bilateral, hasta tanto no sea registrada la escritura 791, a cuyo tiempo, vendrá a reemplazar a esta operación jurídica bilateral, la trilateral que el Tribunal encuentra, anticipadamente, en la operación realizada simuladamente, que es materia de la acción de prevalencia en este debate."

Se considera:

1.—La Corte en fallos recientes ha reiterado la doctrina jurisprudencial sobre la simulación-prevalencia, consagra por esta Sala desde el año de 1935 y mantenida con algunas vacilaciones y restricciones en el período 1941-1954. A partir del fallo del 8 de junio de 1954 (LXXVII, 787), proferido en Sala Plena de Casación Civil, esta corporación ha venido aplicando aquella doctrina a todos los negocios simulados.

Según la doctrina de la Corte, la simulación se caracteriza por una divergencia intencional entre la declaración ostensible de las partes y el querer oculto de ellas. Supone el nacimiento coetáneo de dos actos, uno visible y otro invisible: el segundo suprime, adiciona, altera o modifica los efectos o la naturaleza del primero. Se llama contraestipulación el acto secreto u oculto. La declaración ostensible, deliberadamente contraria al concurso real de voluntades de las partes, va dirigida a producir en los demás una falsa figura del convenio.

De suyo el acto secreto no es nulo. Una persona capaz, movida por causa justa, puede obligarse ocultamente a otra, desde que su consentimiento no adolezca de vicio y recaiga sobre objeto lícito. Lo que puede hacerse en público también puede efectuarse en privado, aunque el contrato tenga como envoltura uno ficticio. Cumplidos los requisitos necesarios a toda declaración válida de voluntad faltaría por inquirir si se ha omitido alguno de los que las leyes prescriben para el valor de ciertos negocios en consideración a su naturaleza. Si también éstos se ha llenado aunque sea prestándole el ostensible sus formalidades al secreto, no puede negarse la validez del último.

Cuando faltan capacidad, o perfecto consetimiento, o causa u objeto lícitos o las solemnidades a que el acto o contrato verdadero esté subordinado según su naturaleza, se afectan lo visible y lo invisible, pero no por el hecho mismo de la simulación sino por la existencia del vicio.

La simulación es absoluta o integral cuando el acto oculto suprime o destruye totalmente los efectos del acto ostensible.

La simulación es relativa o parcial cuando el acto aparente encubre los efectos del acto oculto que las partes han querido realmente celebrar.

La simulación es susceptible de diversidad de formas, como lo tiene estudiado la doctrina de esta corporación, y según que deba considerarse como integral o parcial, de fin o de medio, de esencia, de naturaleza, de accidente o de interposición, sus repercusiones y consecuencias son distintas y está gobernadas por diversas normas jurídicas.

2.—La jurisprudencia de la Corte ve una especie de simulación relativa en los casos de negocios celebrados con interposición de persona, o sea, cuando en el contrato aparente figura como contratante una persona distinta de la que realmente se vincula en la relación jurídica por virtud del acto secreto.

En el comercio jurídico muchos contratos se realizan con interposición de personas que sólo en apariencia tienen la condición de contratantes pero que en realidad obran para un tercero que se mantiene oculto y que es el verdadero titular de las derechos que emanan del negocio celebrado.

En la simulación relativa por interposición de persona se aplican las normas generales que estructuran aquella figura jurídica: el acto oculto es en principio válido, pero él puede invalidarse cuando adolece de algún motivo de nulidad, como por objeto o causa ilícitos.

A veces por medio de la interposición de persona, se quiere eludir con fraude de la ley alguna de sus prohibiciones, caso en el cual es absolutamente nulo el contrato oculto por la ilicitud de su objeto.

El Código Civil se refiere expresamente a la interposición de persona para prohibir el acto o contrato celebrado en esa forma, como cuando el artículo 2170 establece que "no podrá el mandatario por sí **ni por interpuesta persona**, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado comprar, si no fuere con autorización expresa del mandante", disposición aplicable a los síndicos de los concursos y albaceas en cuanto a los bienes que hayan de pasar por sus manos en virtud de estos encargos, según el artículo 1856.

3.—Esta Sala ha decidido que cuando una persona vende ficticiamente un inmueble a otra con el fin oculto de que ésta en cumplimiento de instrucciones de aquélla traspase el bien a un hijo suyo que lo recibe como donatario, se configura jurídicamente "una simulación relativa y de medio, con interposición de persona". Por la compraventa ficticia se simula la manera de alcanzar el fin verdaderamente buscado, que es la enajenación del bien a título de donación a favor del hijo, para lo cual el donante se sirve de un intermediario o testaferro. No es "una operación —para llamar así la serie de actos que la integran— completamente simulada, esto es, neutralizada o destruída en sus efectos, por una contraestipulación", porque no se hace con el objeto de que el dominio del inmueble permanezca aparentemente en el patrimonio del supuesto comprador y realmente en el del supuesto vendedor al tenor del contrato oculto, sino para que de acuerdo con el encargo secreto y según instrucciones lo haga llegar al patrimonio del verdadero titular que es el donatario. "Se trata —dice la Corte— de una simulación que afecta no la esencia vital del contrato sino solamente su naturaleza, vistiendo una donación con la apariencia

de una venta, y añadiendo para ocultar el verdadero beneficiario, el juego de una interposición de persona". Lo simulado no es la enajenación, puesto que el supuesto vendedor sí ha tenido la decisión de desprenderse de la propiedad de su finca, sólo que optando por un medio aparente para dar realidad al fin querido. El resultado es, pues, inatacable en el concepto de falta de consentimiento para la transferencia de la propiedad

En un caso como el examinado por la Sala en el fallo referido, el heredero del aparente vendedor que obre en representación y provecho de la sucesión, y no como tercero en relación con el contrato celebrado por el **de cujus**, no puede encaminar la acción de simulación a otro fin que la prevalencia del acto secreto sobre el ostensible celebrado entre las mismas partes, y de consiguiente, en rigor jurídico, el heredero sólo tiene la acción que tendría su causante contra el testaferro para exigirle el cumplimiento de la comisión o encargo de confianza que se le dió, y respecto de él y en esta parte constituye la contra-estipulación que rige sus relaciones recíprocas. "La demanda contra el intermediario que cumplió su encargo —agrega la Corte—, transfiriendo el dominio de la finca al destinatario de la liberalidad realizada con su mediación, dejando al donatario real fuera de la acción, es una demanda mal enderezada, inconducente al fin que se busca, inexplicable casi, habiéndole señalado al demandado el simple papel de intermediario, con un encargo secreto, que lo coloca más bien en una relación de mandatario con el aparente vendedor y real donante, ya que como lo ha dicho esta Sala, "en la legislación colombiana el mandato no es esencialmente representativo. Dentro de su conformación jurídica caben el mandato ostensible y el secreto, el testaferro, la interposición en todas sus formas lícitas, y el acto jurídico del mandatario como persona interesada, siempre que el mandante tenga la voluntad de obligarse. Es posible el mandato sin representación".

En concepto de la Corte en un caso como el cuestionado, es indudable que la parte actora está en la obligación de establecer el contenido total de la relación jurídica creada por los contratantes de acuerdo con los términos inequívocos en que se ha planteado el caso de simulación, para lo cual es necesario encaminar su acción contra el beneficiario de la donación, porque es solamente al ingresar al patrimonio suyo el inmueble, cuando culmina, al través del intermediario, la donación realmente querida y buscada por el supuesto vendedor. Sin la audiencia del donatario resulta imposible establecer la existencia de la donación como contrato disimulado por la venta, no nulo por este solo hecho sino anulable de acuerdo con los principios generales que gobiernan estos contratos, y en ausencia de aquél tampoco es posible apreciar la validez del pacto que se pretende oculto, porque los vicios o irregularidades capaces de anular una donación no pueden ser alegados y demostrados sino con intervención del donatario mismo (Casación, marzo 28 de 1939, XLVII, 721-723).

4.—También ha decidido esta Sala que la venta ficticia de unos inmuebles hecha por una persona a otra para que ésta los traspase a la cónyuge del primero a título de donación, entraña una simulación relativa, pues bajo la apariencia de la compraventa se ha querido en el pacto oculto y por medio de intermediario, hacer una liberalidad que vale como donación revocable entre cónyuges, confirmada por la muerte del donante sin haberla revocado, en cuanto no menoscaba los derechos de los legitimarios (C. C., artículos 1056, 1195, 1196, 1203, y 1204).

Dice la Corte:

"En las donaciones, tanto revocables como irrevocables, la ley pone un límite a la generosidad o voluntad del donante en consideración a ciertas personas, como los legitimarios; de ahí la reforma del testamento cuando se disminuye una legítima; de ahí también la reducción o rescisión de las donaciones entre vivos cuando se afectan con ellas derechos de los legitimarios.

"Cuando se declare que un pacto de compraventa es simulado y que encubre una donación, no debe perderse de vista lo anterior, y por eso sólo se le puede dar validez en cuanto no afecte los derechos de los legitimarios, porque de no entender así las cosas, bastaría una simulación que encubriera una donación para que los derechos de los legitimarios quedaran desconocidos o mermados. Para evitar esto es para lo que se dá precisamente acción a esos herederos para intentar o impetrar la declaración de simulación". (Casación, septiembre 23 de 1942, LIV bis, 122).

5.—Reiterando la doctrina consignada en los fallos citados, dijo la Corte:

"En la simulación parcial o relativa lo que se pretende es que prevalezca sobre el contrato aparente, atacado por esto, lo estipulado en otro contrato secreto u oculto que es el que contiene la verdadera voluntad de las partes. Disfrazar de compraventa una donación, fingir aquella a una persona como testaferro para que transfiera con

verdad y firmeza a otra, o fingirla tan sólo para que el comprador, provisto de esta calidad e investido de ella ante terceros, venda más tarde para el verdadero dueño, ejercitando así en rigor de verdad un mandato sin representación, son ejemplos de lo que frecuentemente conduce a esta simulación parcial o relativa que, en su caso, da ocasión al antedicho litigio sobre prevalencia" (Casación, diciembre 15 de 1944, LVIII, 196).

6.—En el caso **sub judice** el Tribunal Superior de Pasto, aplicando la doctrina jurisprudencial de la Corte, decidió que la venta hecha por Calixto Mafla al Pbro. Manuel Antonio Hormaza no era absoluta sino relativamente simulada, porque auncuando el supuesto comprador no había dado precio ni había tenido intención de comprar, y el supuesto vendedor nada había recibido ni había tenido intención de vender, entre los contratantes existió un pacto oculto mediante el cual los bienes recibidos por el Pbro. Hormaza debían ser traspasados por éste a Amada Chaves de Mafla en cumplimiento de un encargo secreto de Mafla, transferencia a título de partición por acto entre vivos, en razón de gananciales y donación revocable imputable a la cuota de libre disposición.

El recurrente acusa la sentencia en este cargo, con la imputación de error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, cargo sustentado en la forma atrás resumida de la demanda de casación. Para el recurrente el testaferro fue constituído con el fin de traspasar ilícitamente los bienes a la cónyuge en virtud de venta.

Por error de hecho en la apreciación de las pruebas, no prospera el cargo, porque la Sala no encuentra ostensible disconformidad entre las pruebas examinadas por el Tribunal y el contenido del pacto oculto declarado en la sentencia.

Bastaría considerar que la intención real de los contratantes en la contraestipulación es desentrañada por el Tribunal al través de inferencias con base en las confesiones que aparecen en la memoria testamentaria de Mafla y en la escritura de traspaso del Pbro. Hormaza a Amada Chaves de Mafla. En este campo de la prueba indiciaria los poderes del sentenciador de instancia son generalmente soberanos, pues no apareciendo un flagrante y evidente error de hecho, su apreciación es intocable en casación.

En cuanto a la calificación de hecho del pacto secreto dada por el Tribunal, éste tuvo muy en cuenta como **causa simulandi** la circunstancia de que Calixto Mafla había anticipado a sus descendientes el pago de las legítimas por medio de escrituras otorgadas ante el Notario Segundo de Ipiales, según lo declaró en el testamento.

Cómo puede configurarse en casación el cargo de manifiesto error de hecho respecto del móvil de simulación que es el que imprime colorido al pacto oculto?

Atrás se ha visto, cómo el propio demandante en sus alegaciones de instancia sugería distintas hipótesis al interpretar la contraestipulación. Lo que demuestra una falta de evidencia al respecto.

Tampoco puede hablarse de manifiesto error de hecho o de error de derecho porque el Tribunal en la ponderación de las varias pruebas y al encontrarse con distintas declaraciones procedentes del Pbro. Hormaza, no hubiera tenido en cuenta las posiciones a que se refiere el recurrente, en aparente contradicción con otras manifestaciones procedentes del mismo demandado. Al respecto, el Tribunal se atuvo a aquellas manifestaciones que se ajustaron más con lo declarado por el propio testador.

Como la casación no es tercera instancia, no corresponde a la Corte contrapesar los distintos elementos de prueba que examinó el Tribunal y formaron su convicción de juzgador respecto de los hechos, para reemplazar su juicio sobre la cuestión de hecho por el propio juicio de la Corte.

Por último, se observa que el Tribunal se abstuvo de decidir sobre la validez o eficacia total del pacto oculto, considerando con razón que tal decisión no podía pronunciarse sino con citación y audiencia de Amada Chaves de Mafla, quien aparece como la real beneficiaria de la operación simulada, siendo sólo una parte de ésta la transferencia de los inmuebles al testaferro para el cumplimiento del encargo secreto, al través de la venta aparente. Y en esto, el Tribunal aplicó también la doctrina sustentada por esta Sala.

Se rechaza el cargo.

Tercer cargo.

Estriba en que el Tribunal respecto de la acción reivindicatoria directa sobre la mitad de la casa ubicada en Gualmatán, consideró que el demandado no es el poseedor actual de los inmuebles, sino Amada Chaves de Mafla, cuando en sentir del recurrente las pruebas demuestran evidentemente lo contrario.

El recurrente hace alusión a la diligencia de secuestro en el juicio sucesorio de Calixto Mafla, en el cual el Pbro. Hormaza hizo oposición a tal secuestro en su condición de poseedor de los bienes a que se refiere la simulación y reivindica-

ción demandadas. La oposición del demandado y la resolución del Juzgado al dejar en su poder los bienes, están indicando de manera manifiesta su calidad de poseedor.

De esta suerte según el recurrente el sentenciador incurrió en error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas y aún en infracción directa de las disposiciones que cita por considerar que el secuestre en tales circunstancias no tiene jurídicamente la condición de poseedor para los efectos de enderezar contra él la acción reivindicatoria.

Por último el recurrente observa que si el Tribunal consideró a Amada Chaves de Mafla como dueña de la mitad de la casa en razón del testamento de Mafla y de la escritura de traspaso del Pbro. Hormaza, incurrió en infracción directa de la ley, ya que tales actos no son títulos de propiedad.

Se considera:

El cargo es infundado.

El Tribunal tuvo en cuenta que al secuestro hicieron oposición conjuntamente tanto el Pbro. Hormaza como Amada Chaves de Mafla y que por razón de esta oposición los bienes quedaron en poder del primero como secuestre.

El Pbro. Hormaza al formular oposición al secuestro manifestaba ser titular aparente de los inmuebles que el finado Calixto Mafla le había traspasado para su cónyuge Amada Chaves de Mafla. Y ésta alegaba su condición de poseedora material de los bienes.

En la escritura de traspaso hecha por el Pbro. Hormaza a Amada Chaves de Mafla aparece que ésta se halla en posesión real y material de los inmuebles.

De esta prueba resulta que el secuestro de los bienes en manos del Pbro. Hormaza, dispuesto así por el Juzgado, no podía conferir al demandado calidad jurídica de poseedor material de la mitad de la casa objeto de la acción reivindicatoria directa.

La última parte del cargo carece de toda consistencia, porque el Tribunal no hizo consideración alguna ni decidió nada respecto de propiedad sobre la casa de Gualmatán. Simplemente se abstuvo de fallar sobre la acción reivindicatoria directa respecto de la mitad del inmueble por estimar que la posesión material correspondía a Amada Chaves de Mafla y no al Pbro. Hormaza.

Cuarto cargo.

El recurrente afirma que aún para el caso de que el Tribunal estuviera en lo cierto al decretar la simulación relativa y declarar la existencia del acto oculto que el sentenciador halló demostrado, el fallo acusado infringió la ley sustantiva al negar la restitución de los bienes a la sucesión y sociedad conyugal demandantes y la cancelación tanto de la escritura Nº 217 como de su inscripción.

En sentir del recurrente el Tribunal incurrió en error al deducir por este aspecto la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandado, fundado en la equivocada creencia de que para acceder a aquellas súplicas era necesario dirigir la acción contra Amada Chaves de Mafla.

Para el recurrente. la simulación decretada implica que los bienes objeto de la aparente compraventa están en el dominio de la sucesión y la sociedad conyugal ilíquida Mafla-Chaves, pues el acto oculto es una partición que debe ejecutarse dentro de la liquidación de aquellas comunidades. Al decretarse la restitución, en nada se perjudica Amada Chaves de Mafla.

Se considera:

Para rechazar el cargo bastaría repetir que no siendo el demandado poseedor material de los bienes cuya restitución se pide, según las conclusiones del sentenciador que el recurrente ataca en este mismo cargo y que no han sido infirmadas, por lo expuesto anteriormente, la acusación ahora examinada tampoco puede prosperar.

Pero además, dada la naturaleza jurídica de la contraestipulación deducida por el Tribunal, es obvio que el aparente vendedor sí enajenó realmente los inmuebles al testaferro para que éste los hiciera llegar a Amada Chaves de Mafla por fuera de la liquidación del haber herencial y conyugal.

Sin hallarse presente en el juicio Amada Chaves de Mafla nada podía decidir el Tribunal respecto de las súplicas de restitución y cancelación del instrumento de venta y de su registro.

No es viable la acusación.

V—Resolución:

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la Re-

pública de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, de fecha 29 de septiembre de 1954, dictada en el presente juicio.

No hay costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

José Hernández Arbeláez. — Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez R.—Julio Pardo Dávila. Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ACCION DE FILIACION NATURAL. — NUMERAL 4º DEL ARTICULO 4º DE LA LEY 45 DE 1936

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, agosto diez de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U.)

Virginia Mora Salcedo, propuso ante el Juez del circuito de El Cocuy juicio ordinario contra los sucesores de Ramón Nonato Buitrago para que se declarara que la niña Mirian Inés Mora, hija de la demandante y nacida el 28 de enero de 1951, tuvo como padre natural a Buitrago.

Para demostrar esa filiación la actora adujo las declaraciones de varios testigos y una carta que el recurrente califica de principio de prueba por escrito, enderezando tales elementos a establecer la circunstancia contemplada por el numeral 4º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, sobre relaciones sexuales estables y notorias.

El Juez de primera instancia pronunció sentencia favorable a la acción, pero el Tribunal la revocó por fallo de 25 de noviembre de 1954 que, a su vez, denegó las peticiones de la demanda y absolvió a la parte demandada.

La demandante interpuso oportunamente el recurso de casación que la Corte pasa a examinar y decidir hoy.

La acusación

El recurrente hace al Tribunal el cargo de que incurrió en "violación indirecta de la ley sustantiva y por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, en forma manifiesta y evidente"; y después de invocar y examinar los elementos probatorios aludidos, que más adelante contemplará la Corte, concluye (último capítulo) con la imputación concreta de que se quebrantaron "los artículos 697 a 699, 656 y concordantes del Código Judicial y 1º y concordantes de la ley 45 de 1936 e inciso 4º del artículo 4º de la misma ley".

Pero, como se dijo en fallo de 14 de mayo de 1954 (GACETA JUDICIAL número 2141, pág. 562) que reproduce y reafirma nociones básicas sobre la cuestión jurídica de que hoy se trata, "antes de seguir adelante, y a fin de evitar dilatadas e inútiles disquisiciones sobre todo lo que expusieron los testigos y la interpretación y calificación que les dio el Tribunal, conviene reproducir aquí la más reciente doctrina de la Corte, sobre los conceptos de errores manifiestos de hecho y sobre errores de derecho en la apreciación de las pruebas, que puedan caber en casación (fallo de 23 de marzo último) (1954):

"**Error de derecho.**—Ha sido doctrina constante que la apreciación de las pruebas hecha por el Tribunal debe ser respetada en casación, aun cuando ella no sea compartida por la Corte. Y debe ser respetada, porque el recurso de casación no tiene por objeto hacer un nuevo análisis de los elementos probatorios, **ni rectificar el criterio del juzgador de instancia** sobre las puras cuestiones de hecho. (Casación de 4 de abril de 1935, G. J. números 1909 y 1910, página 799). Por eso, para que haya error **de derecho** en la apreciación de una prueba se necesita que, al estimarla, se haya contravenido la ley que la establece y valora. Y, por tanto, este concepto de error de derecho no comprende todo error en que haya podido incurrir el Tribunal sentenciador en la estimación de los elementos lógicos que determinaron su convicción, sino que es necesario que el error implique la violación de un precepto legal positivo...".

"**Error de hecho.**—El error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas, a que se refiere el inciso segundo del ordinal 1º del artículo 520 del C. J., consiste en que el juzgador haya tenido como probado un hecho, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia de un medio de prueba que obra en autos y que demuestra evidentemente que tal hecho no existió; o bien, en que lo haya tenido como no probado, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia, en el proceso, de un medio de prueba que demuestre, evidentemente, que ese hecho existió. Y la recíproca es verdadera: hay también error de hecho cuando el fallador tiene como probado un extremo en virtud de un medio

probatorio que no existe u obra en el proceso; o cuando lo tiene como no probado, en virtud de un medio de prueba que no consta u obra en los autos. En todos estos casos, el error del juzgador no versa sobre la existencia del extremo que se trata de probar, sino sobre la existencia del medio con el cual se trata de probarlo.

"Siendo esto así, si el tribunal dio por probados unos hechos por medio de la prueba testimonial objetada por el recurrente, el error de hecho en la apreciación de esa prueba no puede consistir simplemente en que el tribunal apreciara mal esos testimonios, sino en que los apreciara mal por no haber considerado una prueba constante en los autos y que tenga el valor de desvirtuar, de manera evidente, la convicción derivada de ellas, o bien, por haber atribuído a los testigos aseveraciones que ellos no hicieron en el proceso.

"Si no fuera así, no tendría ningún sentido el precepto legal que habla de mala apreciación de la prueba causada por un error de hecho evidente, pues, si en todos los casos en que el tribunal aprecie mal una prueba, este error de apreciación debiera considerarse como un error de hecho, habría bastado al legislador conceder el recurso de casación por mala apreciación de los elementos probatorios sin más, y habría sobrado que agregara que esa mala apreciación debe tener como causa un error de hecho evidente. Y tampoco tendría sentido la insistente doctrina de la Corte según la cual en casación no puede cambiarse la estimación probatoria que hizo el tribunal de instancia, **por el solo motivo de que el criterio estimativo de la Corte no sea el mismo de aquél**".

"Estas doctrinas, admirablemente concebidas y expuestas en el precitado fallo de 23 de marzo del año en curso, sirvieron en la controversia desatada entonces para denegar la casación de la sentencia materia del recurso, declarativa de la calidad de hijo natural invocada por el promotor del juicio; y, a la inversa, tales doctrinas han de servir para no casar una sentencia que deniegue el reconocimiento de una pretendida filiación natural, si se estima que los errores de hecho y de derecho alegados no existan o no cuadran con los conceptos de técnica de la casación expuestos y explicados en la jurisprudencia precitada, sino que se enderezan a contradecir, glosar o refutar el criterio del tribunal en la apreciación de las pruebas".

"... ... ...

"La jurisprudencia es hoy, con sobrada razón, muy exigente en la calidad de la prueba de los casos del artículo 4º de la ley 45 de 1936, precisamente para que las acciones sobre filiación pasen por el crisol de la más rigurosa crítica, a fin de que el reconocimiento judicial de la filiación sea producto de una comprobación evidente, perfecta, irrefragable, que no deje la más leve sombra de duda y ofrezca la seguridad de que no se trata de una superchería, de otro escándalo que haga impacto en la propia ley.

"Como en manos de la jurisprudencia está el medio de conjurar tan grave riesgo, la Corte ha sentado en muchas sentencias recientes, sabias y prudentes doctrinas que deben mantenerse. En el último fallo sobre la materia jurídica de que se trata, dictado el 21 de abril retropróximo, la Corte dijo:

"Contemplando la causal 4ª transcrita las características de sucesivas, frecuentes, inequívocas, regulares y notorias que deben distinguir las relaciones sexuales extramatrimoniales para los efectos de la filiación natural, han de manifestarse por hechos concretos respecto de los ciento ochenta o los trescientos días anteriores al nacimiento, según la doble previsión de la ley. No basta, por tanto, que el testigo emita el concepto de que las relaciones de que se trata han sido estables y notorias sino que, para la validez de su exposición, tiene que precisar las épocas de que habla dicho numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45, distinguiéndolas por fechas y meses. (La jurisprudencia francesa, según el tratadista Sautier, exige 'en todo caso, que las declaraciones producidas deben explicarse sobre la fecha del concubinato alegado'. (**La recherche de la paternité,** número 55). Además el testigo ha de señalar los indicios que lo llevan a formarse la convicción de ser una realidad esas relaciones; y es preciso que dé las explicaciones claras de cómo y por qué fue presencial de los hechos indicativos aludidos".

"... ... ...

"Y si esto se declaró para no casar una sentencia que denegó el reconocimiento de una filiación natural respaldada en pruebas que se hallaron deficientes, pero de todas maneras superiores a las aducidas en el presente juicio: declaraciones más explícitas, hechos más concretos y sugestivos, cartas de puño y letra del pretenso padre, contentivas de expresiones de gran efusión cariñosa para la amante y para el hijo de ella, y que podían haber inclinado el ánimo del juzgador (pero sin plena seguridad y convicción invenci-

ble) en favor del demandante, no es posible en el caso que hoy se desata, obrar con un criterio menos riguroso, estricto o exigente".

Las doctrinas relacionadas han tenido plena refrendación en fallos posteriores como el de 3 de marzo del año en curso (G. J. número 2151, págs. 690 y 693) que hace referencia a los de 21 de abril y 14 de mayo de 1954, 17 de febrero de 1947 y 5 de marzo de 1948.

Ahora bien, en el asunto que hoy se examina, y puestos los cargos a la luz de las nociones jurídicas y doctrinas que se acaban de exponer, fácilmente se descubre la carencia de fundamento, solidez y pertinencia de aquéllos.

En efecto, la primera queja consiste en que el Tribunal no tuvo en cuenta la carta que Ramón Nonato Buitrago dirigió a Virginia Mora, en que "su autor reitera sus promesas amorosas a su amiga, con puntos suspensivos.... y acaba por enviarle abrazos y besos como su triste amante" y que (dice el recurrente), "a la luz del arancel probatorio, sí constituye **un principio de prueba** por escrito".

Muy bien, pero aun dándole **ese valor, no alcanza** ni remotamente a demostrar las relaciones sexuales notorias y estables que exige la ley. Por tanto y aunque no se justifica la actitud del tribunal, de hacer caso omiso de ese elemento probatorio, y aún dándole el valor que el recurrente le atribuye, de nada serviría, porque no colma la notoria y gravísima deficiencia que el Tribunal le apunta a la prueba testimonial así:

"Examinadas detenidamente las declaraciones traídas por la parte actora y que forman el cuaderno 2º, se llega a la evidencia de que en forma alguna se determinó, ni aproximadamente, el tiempo en que hubieran existido las relaciones sexuales a que se refieren los declarantes.

"Ana de Dios Niño, enfermera del hospital habla sólo de hechos que percibió durante el tiempo en que Ramón N. Buitrago estuvo hospitalizado (7 de octubre de 1951 a 28 de febrero de 1952).

"Lo mismo ocurre con el testigo Angel M. Ruiz.

"De los demás, absolutamente ninguno hace la más remota alusión al tiempo en que se hubieran desarrollado las relaciones entre Buitrago y la Mora Salcedo. Es verdad que dicen que durante esas relaciones nació Mirian Inés, pero de esta premisa no es necesaria la deducción de que las relaciones hubieran empezado por lo menos ciento ochenta días antes de ese nacimiento, que es lo que exige la ley expresamente, porque es lo que permite presumir que el nacimiento es fruto de las relaciones así comprobadas.

"Por otro aspecto observa el Tribunal que todos los declarantes, excepto la enfermera y el portero del hospital, que apenas hablan de lo que presenciaron en el establecimiento, rindieron su declaración extrajuicio.

"Sabido es que los testimonios de nudo hecho, para que puedan ser calificados como prueba completa, deben ratificarse dentro del juicio. De otra suerte la prueba no tiene las calidades necesarias para ser apta, de ser contradicha y pública, lo que sólo se obtiene cuando es decretada con citación de la parte contraria.

"En el presente caso, se pidieron las ratificaciones, pero el juez del conocimiento las practicó en forma inaceptable, limitándose a transcribirlas; se violó la última parte del artículo 688 del C. J. que exige que los testigos expliquen cada respuesta para demostrar así que dicen la verdad con suficiente conocimiento de los hechos. Este precepto es aplicable a la ratificación que no es otra cosa que la declaración misma dentro del juicio. Por eso en el nuevo Código Judicial se omitió el artículo 638 del antiguo Código que se prestaba a la interpretación errada de limitarse a insertar en la ratificación la declaración extrajuicio. Se quiso en el nuevo código que a la ratificación se aplicaran todas las disposiciones que señalan la forma como deben recibirse las declaraciones de modo que aparezca la razón del dicho".

Ocurre además, que aun dando por bien ratificadas las declaraciones, la del único testigo que habla del 20 de marzo de 1950 como fecha inicial de las relaciones sexuales entre Ramón Nonato y Virginia, es la de Noé Buitrago B., que cita el recurrente en la página 5 v. de su demanda (f. 11 v. del cuaderno de casación), y precisamente esa declaración, rendida extrajuicio, no aparece ratificada en ninguna forma.

Además, el recurrente afirma (pág. 5ª de su exposición, folio 11 del cuaderno de la Corte), que en el fallo no se omitió expresar que "Ramón Buitrago y Virginia Mora Salcedo tuvieran amores con promesa de matrimonio y relaciones sexuales estables, de manera notoria y comunidad de habitación, desde el veinte de marzo de 1950 hasta el 16 de junio del mismo año y que las continuaron desde esta fecha hasta el 7 de octubre de 1951, fecha en que enfermó y entró al hospital de San José, donde era visitado por su prometida varias veces a la semana, hasta

cuando falleció el causante. Si esto es así, como lo es, y aparece del expediente demostrado, ¿cómo desconocer la realidad de esos hechos tangibles y de notoria evidencia, para poner en duda el nacimiento de la niña Miriam Inés Mora dentro de los ciento ochenta días contados a partir de esas relaciones sexuales, estables y notorias, concretas e inconfundibles, para negarle la calidad de hija natural a la referida inocente, víctima de las incidencias de relaciones evidentes, a que la ley civil se refiere?

"Y si ese nacimiento tuvo su cumplimiento dentro de los términos legales, ¿cómo tratar de desvirtuar el valor probatorio de elementos de convicción que se complementan y refuerzan entre sí, como los llevados a los autos, consistentes en testimonios desinteresados, de personas idóneas y que le dan vigor y fuerza indudable a la famosa carta del propio autor de los días de Mirian Inés Mora?"

El recurrente parte aquí de un concepto equivocado: creer que el Tribunal sostiene el hecho en referencia. No, simplemente alude a lo que afirma la demandante.

Por último, en relación con el término de que habla el número 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, el opositor hace la siguiente observación concluyente, que contribuye a refutar el cargo:

"No indica, en efecto, elemento alguno probatorio de donde aparezca que dicho nacimiento ocurrió ciento ochenta días después de comenzadas tales relaciones. Ni lo podía hacer, dado que la afirmación del juzgador consulta rigurosamente la realidad procesal. Por cierto que en la demanda que comento, lo que se afirma es que 'el nacimiento de la niña Mirian Inés Mora ocurrió DENTRO de los ciento ochenta días contados a partir de esas relaciones', lo cual es enteramente contrario al presupuesto legal".

Esto es claro: la exigencia legal no es que se demuestre que el nacimiento del pretendido hijo ocurra **dentro** de los 180 días, sino, por lo menos ciento ochenta días después de iniciadas las relaciones sexuales.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al tribunal de origen.

Luis Felipe Latorre U. — Agustín Gómez Prada — Ignacio Gómez Posse — Alberto Zuleta Angel — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS. — HEREDEROS Y LEGATARIOS. —IMPROCEDENCIA DE LA LIQUIDACION PROVISIONAL DE LA SOCIEDAD CONYUGAL A LA DISOLUCION DEL MATRIMONIO

1.—La herencia dá derecho a una o más personas a los bienes del difunto o a una cuota de ellos; el heredero representa a la persona del causante para sucederle en todos sus derechos y obligaciones que puede transmitir y es obligado a las cargas testamentarias. En cambio, el legatario sucede únicamente en los bienes que se le asignan como objeto del legado; no representa al testador y se considera como un mero acreedor de lo que se le ha legado, con el derecho que tiene a pedir que se le satisfaga su acreencia.

Pero como la libertad de testar está limitada por la ley, toda vez que el testador tiene que respetar las asignaciones forzosas a que se refiere el capítulo 5º del libro tercero del Código Civil, asignaciones que el testador es obligado a hacer, y que se suplen por la ley cuando no las ha hecho, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias (artículo 1226 del Código Civil), es claro que las asignaciones a título singular no pueden ir más allá de la parte de bienes de que el testador ha podido disponer libremente, o sea la cuarta de libre disposición cuando se trata de asignaciones a quienes no son legitimarios en calidad de descendientes legítimos, pues cuando se trata de asignatarios que tienen tal carácter, el testador puede disponer en favor de uno o de varios de ellos, tanto de la cuarta de libre disposición como de la cuarta de mejoras.

Si el testador sobrepasa tales asignaciones, éstas deben ser reducidas en los términos de la ley; ello es obvio para evitar que el testador, mediante legados, pueda llegar a perjudicar las asignaciones forzosas.

2.—La ley 28 de 1932 autorizó en su artículo 7º la liquidación provisional de las sociedades conyugales existentes a la época en que entró en vigencia ese estatuto legal, con el objeto de determinar cuáles de los bienes que formaban el acervo de las sociedades pasaban a poder de los cónyuges para que ellos continuaran administrando y disponiendo libremente de tales bienes. Pero los efectos de esa liquidación provisional se entienden como que los bienes adjudicados a cada uno de los cónyuges se entrega a buena cuenta de lo que a dichos cónyuges les debe corresponder a título de gananciales en la liquidación definitiva, que se practicará, precisamente cuando la sociedad conyugal queda disuelta: y ese evento se presenta cuando ocurra alguna de las causales que determina el artículo 1820 del Código Civil, la primera de las cuales es la disolución del matrimonio. Cuando el matrimonio se disuelve queda también disuelta, por ministerio de la ley, la sociedad conyugal, y es bien sabido que dentro del sistema legal colombiano el matrimonio queda disuelto por la muerte de uno de los cónyuges.

Siempre que uno de los socios de la sociedad conyugal fallece, entonces se debe proceder a la liquidación definitiva de la sociedad conyugal, liquidación que se practicará siguiendo las normas consagradas por el Código Civil en los artículos 1821 a 1836, en armonía con las normas que se aplican a la distribución de los bienes para el caso de la sucesión por causa de muerte. No importa que los cónyuges, ya por sí mismos o por medio de la justicia, hayan definido provisionalmente y sin perjuicio de terceros, las cuestiones relativas a la distribución de los bienes que haya de corresponder a cada uno de ellos, porque simpre será necesario proceder a la liquidación definitiva cuando la sociedad se disuelva. Esto quiere decir que la liquidación provisional se efectuará mientras el matrimonio subsista, o sea mientras exista la causa determinante de la formación de la sociedad conyugal, pero en ningún caso puede pretenderse que

pueda practicarse una liquidación provisional ya disuelto el matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges, porque esto peca contra la finalidad de tal liquidación.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil—Bogotá, agosto diez y siete de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila)

María Antonia García v. de Fierro inició demanda ante el Juez 2º del Circuito en lo Civil de la ciudad de Neiva para que "previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía y con citación y audiencia de los señores José Domingo Fierro, Simón Alberto Fierro, Susana Fierro, Alberto Sánchez, Francisco Sánchez y Ana Julia Sánchez..... se decrete la exclusión de los inventarios practicados en su despacho el viernes 16 de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, relacionados en la sucesión testada de Domingo Fierro contra la cual va dirigida la presente acción, representada por las personas anteriormente nombradas, los bienes que en seguida paso a enumerar:

"**Bienes de la sociedad conyugal—Raíces**—Partida primera. Una casa de habitación de construcción y de adobe y teja de barro, compuesta de sala, dos cuartos y corredor interior, con pisos de baldosín y cemento, con sus correspondientes puertas y ventanas de madera, su respectiva cocina de construcción de bahereque y palmicha, hornilla y dos puertas de madera, tiene inodoro, baño y las instalaciones de luz, agua y alcantarillado, con todos sus accesorios. Forma parte de esta casa un apartamento (sic) compuesto de sala, alcoba y cocina con servicios sanitarios e instalaciones de luz, acueducto y alcantarillado, todo lo cual se halla en buen estado de servicio. La casa así relacionada se halla construída sobre un solar que mide frente 16 metros 45 cc. (es el frente de la casa) y de fondo, 34,15 metros, lo cual da una superficie de quinientos sesenta y un metros cuadrados siete mil seiscientos sesenta y cinco centímetros cuadrados, y situada en esta ciudad en la calle 7ª y distinguida con los números 1-31, 1-33 y 1-43 y alinderada así: 'al oriente, con solar de esta misma sucesión; por el norte, con solares de las casas del doctor Max Duque Gómez y de Jesús Artunduaga; al occidente con casa y solar de propiedad de Jesús Puentes Ch.; y al sur con la calle 7ª'. La casa fue construída por el causante durante la sociedad conyugal y del lote pertenece a ésta, según aclaración corriente al folio 32 del expediente, las 7/12 partes y fueron adquiridas por compra que el causante hizo a sus hermanas Secundina y Agustina Fierro según escritura 556 de 2 de noviembre de 1923, otorgada ante el Notario 2º de este Circuito, y registrada el 10 de diciembre del mismo año en el libro número 1º.....

"Partida segunda. — Siete doceavas partes, según aclaración corriente al folio 32 del expediente, del lote en que está edificada la casa de bahereque y palmicha que perteneció al causante y está distinguida con los números 1-59 y 1-65 de la calle 7ª de esta ciudad, lote que mide según rectificación hecha el día de la inspección de bienes, 761 metros cuadrados, 0,900 cc. y está alinderado así: por el norte, con propiedad de Max Duque Gómez y Jesús Artunduaga; por el oriente, con solar de propiedad de esta sucesión; por el sur, calle 7ª de por medio, con casas de Serafina Pulecio de Solano y Mary Valencia de Plata; y, por el occidente, con la casa relacionada en la partida anterior".

Aun cuando en la demanda no se dice nada respecto a la procedencia del dominio sobre este bien, sin embargo en la diligencia de inventarios y avalúos practicada en el juicio de sucesión de Domingo Fierro, y que aparece al folio 5 v. del cuaderno número 1 del expediente, se anota que las siete doceavas partes relacionadas, fueron adquiridas por el citado Domingo Fierro por compra que hizo a la señora Gertrudis Azuero, según la escritura número 250 de 15 de abril de 1890, otorgada ante el Notario 1º del Circuito de Neiva. Pero en la hijuela formada a favor de María Antonia García v. de Fierro, en la partición de bienes practicada en la liquidación provisional de la sociedad conyugal Fierro-García, y que aparece de la escritura número 195 de 1º de marzo de 1948, se dice que el inmueble fue adquirido por la escritura número 140 de 7 de marzo de 1898 de la Notaría principal de Neiva, por venta que le hiciera a Fierro Carlos Artunduaga.

En la corrección de la demanda que se ve al folio 23 del cuaderno número 1 del expediente, se pide también la exclusión de los aludidos inventarios practicados el 16 de agosto de 1946, "de estos otros bienes por ser, como los de la demanda primitiva, de propiedad de la señora María Antonia García v. de Fierro, así:

"a) Partida séptima. Las cinco doceavas par-

tes según rectificación del folio 32 del expediente, del lote sobre que está edificada la casa de que trata la partida primera de esta diligencia, y tiene la misma procedencia del bien relacionado en la partida anterior".

En la partida correspondiente a la diligencia de inventarios en la sucesión de Domingo Fierro, se dice que las cinco doceavas partes, cuya exclusión se pide, las adquirió el causante en parte por herencia de sus padres Gregorio Fierro y Patria Perdomo, y el resto por compra a su hermana María del Consejo Fierro, según escritura número 633 de 14 de diciembre de 1886, otorgada ante el notario 1º de Neiva.

"b) Un derecho proindiviso de cuatro mil setecientos cuarenta y ocho pesos con nueve centavos ($ 4.748.09), en relación con un avalúo de siete mil seiscientos pesos ($ 7.600.00), dado en el inventario practicado en el juicio de liquidación de bienes de la sociedad conyugal, formada entre el señor Domingo Fierro, hoy sucesión, y la señora María Antonia García de Fierro, protocolizada en la notaría primera de esta ciudad el primero de marzo de 1948, al 'cuarto lote', el cual se refiere a lo siguiente: 'A continuación del lote anterior (se refiere al tercer lote) (sic) y hacia la parte occidental, una casa de habitación de bahareque y paja, vieja y en mal estado, con una cocina pequeña cubierta de zinc, compuesta de una tienda o local, sala y cuarto, cementados (sic) menos la sala y corredores que están de ladrillo y todo en mal estado, además un lote de terreno o solar con frente a la calle 7ª, con un frente total sobre dicha calle de 23,75 metros, con un fondo de 33 metros, más una faja de varios metros que se desprende de otro solar adyacente, de la misma sociedad conyugal que viene a aumentar el solar, dividido por cercos de guadua entre sí; las puertas de entrada están distinguidas con los números 1-59 y 1-65. El inmueble que se acaba de relacionar está localizado así: al sur, calle 7ª en medio; al occidente, con la casa de la partida anterior, de propiedad de la sociedad conyugal; al oriente, con solar de la misma sociedad conyugal; y al norte, con propiedades de Max Duque Gómez y Jesús Artunduaga. Cuarto lote que en dicha diligencia de inventario y avalúos de Domingo Fierro (sic), de fecha 16 de agosto de 1946, se inventarió come activo en las siguientes partidas: Partida sexta. .....Fue construída por el causante a sus expensas y la parte de solar (5/12 partes) fue adquirida por herencia de sus padres Gregorio Fierro y Patricia Perdomo, en parte, y el resto por compra a su hermana María del Consejo Fierro, según escritura número 633 de 14 de diciembre de 1886, otorgada ante el notario primero de Neiva, y registrada el 19 del mismo mes, y

"2º—Las siete doceavas partes de que trata la partida segunda de la demanda primitiva, fechada el 5 de los corrientes, 'partida segunda' que reproduzco en su integridad en este memorial".

Fueron demandados José Domingo, Simón Alberto y Susana Fierro, en su calidad de hijos legítimos de Domingo Fierro y además, Alberto Francisco y Ana Julia Sánchez, como hijos naturales del mismo Domingo Fierro, y reconocidos como tales por éste en su testamento; de los demandados contestaron el libelo aceptando las peticiones de la actora y coadyuvando con ella en la acción, los hijos legítimos Simón Alberto, José Domingo y Susana Fierro. Los demandados Alberto, Francisco y Ana Julia Sánchez (que usan el apellido Fierro) se opusieron a las pretensiones de María Antonia García v. de Fierro, y presentaron demanda de reconvención contra María Antonia García v. de Fierro, para que "como intervención de sus hijos legítimos Susana Fierro, José Domingo Fierro y Simón Alberto Fierro... previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, haga las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que carece de valor legal la sentencia de fecha 15 de febrero de 1946, proferida por el Juzgado 2º Civil de este Circuito, por la cual se decretó la liquidación provisional de la sociedad conyugal formada entre Domingo Fierro y María Antonia García, se ordenó la distribución por mitad de los bienes sociales entre los citados cónyuges, a buena cuenta de lo hubiere de corresponderles en la liquidación definitiva, y se ordenó la práctica del inventario y avalúo de los bienes sociales de la nombrada sociedad conyugal líquida (sic) porque cuando se dictó dicha sentencia ya se había disuelto la nombrada sociedad por disolución del matrimonio a consecuencia de la muerte del cónyuge Domingo Fierro.

"Segunda.—Que como consecuencia de la declaración anterior, carece también de valor legal la sentencia de fecha 19 de noviembre de 1947 por la cual se aprobó la partición de bienes sociales practicada dentro del juicio especial de liquidación provisional de la sociedad conyugal

Fierro-García y los registros de dicha partición y de las respectivas hijuelas de adjudicación hechas en la misma partición y que tiene fechas 16 y 17 de febrero de 1948.

"Subsidiariamente pido se haga la segunda declaración por el motivo de que en el inventario que sirvió de base para la partición se inventariaron como sociales todos los bienes que dejó al morir el cónyuge Domingo Fierro, no se hicieron las compensaciones legales a que había lugar por ventas hechas por el cónyuge Fierro de sus bienes propios, durante la existencia de la sociedad conyugal y al hacer la deducción del valor de los bienes del cónyuge Fierro, se les puso a éstos en la partición el precio de compra y no el que tenían el día del inventario.

"Tercera.—Que se condene en las costas a la demanda al fallarse favorablemente esta demanda".

Los demandados en reconvención dieron respuesta a la demanda negando el derecho que alegaron los contrademandantes.

La primera instancia del juicio finalizó con la sentencia que el juez del conocimiento dictó con fecha seis de junio de mil novecientos cincuenta y tres en la que acogió las peticiones de la demanda principal decretando la exclusión de los bienes pedida; desestimó la demanda de reconvención propuesta por carecer de legitimación en causa los actores Alberto, Francisco y Ana Julia Sánchez, y condenó a éstos en costas.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, que conoció del juicio en segunda instancia, por haber apelado de la sentencia de primer grado quienes fueron vencidos en la demanda de reconvención, desató el negocio por sentencia de fecha diez y seis de enero de mil novecientos cincuenta y cuatro, confirmando la sentencia del Juez **a quo**.

Contra esta sentencia del Tribunal de Neiva interpuso oportunamente el recurso de casación la parte que figuró como demandada y a su vez como demandante en reconvención, y como el recurso recibió la tramitación legal, se procede a resolverlo.

La sentencia recurrida

Dice el Tribunal:

"Debe estudiarse en primer término el contenido de la demanda de reconvención, porque sus peticiones se encaminan a revisar la sentencia proferida dentro del juicio de liquidación provisional de los bienes conyugales de Domingo Fierro y María Antonia García, casados entre sí, ya que si esa sentencia queda sin efecto porque en el presente juicio ordinario se resuelva cosa distinta de la fallada en el juicio sumario sobre liquidación provisional de la sociedad conyugal Fierro-García, el título de propiedad que de dicho juicio sumario nació para María Antonia García y en apoyo en el cual se pide la exclusión de los bienes de los inventarios sucesorales por muerte de Domingo Fierro, la demanda de exclusión vendría a menos por su base.

"La acción promovida en la demanda de reconvención es viable porque así lo autoriza en forma terminante el artículo 8º de la ley 28 de 1932 sobre régimen patrimonial en el matrimonio, cuando en su inciso 3º dice: 'Las sentencias que se dicten en estos casos pueden ser revisables en juicio ordinario, sin perjuicio de que se ejecuten mientras no se verifique la (sic) revisión por sentencia ejecutoriada'.

"Quiere decir la disposición transcrita que la sentencia que decide el juicio sumario de liquidación provisional de las sociedades conyugales, que autoriza el artículo 7º de la misma ley citada, no funda la excepción de cosa juzgada de que trata el artículo 473 del C. J., cuyo contenido es del tenor siguiente: 'La sentencia firme dada en materia contenciosa tiene la fuerza de cosa juzgada y hace absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes. Entiéndese esto sin perjuicio del recurso de revisión y de que pueda ventilarse en juicio ordinario un asunto que ha sido fallado en juicio especial, cuando así lo disponga la ley'.

"Enseña esta disposición dos cosas importantes que es preciso no confundir: es distinto el recurso de revisión de toda sentencia ejecutoriada proferida por la Corte Suprema o por uno de los Tribunales Superiores, de que trata el artículo 542 del C. J. y el cual solamente puede prosperar cuando se cumple alguno de los cuatro requisitos señalados por la misma disposición citada y el recurso de ventilar en juicio ordinario un negocio que ha sido fallado en juicio especial, siempre que tal cosa sea expresamente autorizada por una disposición legal. En el primer caso se revisa cualquier fallo, en las condiciones apuntadas; en el segundo, se ventila de nuevo en juicio ordinario un asunto decidido en juicio especial, pero siempre que ello sea especialmente au-

torizado por la ley. Con la copia del inciso 2º (sic) del artículo 8º de la ley 28 de 1932, se demuestra que el caso que es materia de este estudio se halla autorizado por la ley para ventilar en juicio ordinario".

Se refiere, en seguida el Tribunal, a la demanda que promovió María Antonia García sobre liquidación provisional de los bienes de la sociedad conyugal Fierro-García, y hace esta afirmación:

"Según esto, la sentencia que decide sobre lo principal del juicio es aquella por medio de la cual se decreta la liquidación provisional de los bienes sociales", y agrega adelante:

"Establecido, en la forma que se deja expuesta, que la facultad de ventilar en juicio ordinario lo que ha sido decidido en el juicio especial sobre liquidación de la sociedad conyugal, de conformidad con el artículo 8º de la ley 28 de 1932, es solamente lo que se haya decidido en la sentencia que decretó la liquidación provisional de la sociedad conyugal, es el caso de estudiar si dicha sentencia ha sido materia de la demanda de reconvención que se viene considerando.

"La primera súplica de esa demanda es del tenor siguiente: 'Que carece de valor legal la sentencia de fecha 15 de febrero de 1946, proferida por el Juzgado 2º civil de este circuito, por la cual se decretó la liquidación provisional de la sociedad conyugal formada entre Domingo Fierro y María Antonia García, se ordenó la distribución por mitad de los bienes sociales entre los citados cónyuges, a buena cuenta de lo que hubiera de corresponderles en la liquidación definitiva, y se ordenó la práctica del inventario y avalúo de los bienes sociales de la nombrada sociedad conyugal líquida (sic), porque cuando se dictó dicha sentencia ya se había disuelto la nombrada sociedad conyugal por disolución del matrimonio a consecuencia de la muerte del cónyuge Domingo Fierro'.

"Según lo transcrito, el motivo o razón alegado por el demandante para fundar su acción de reconvención se funda en el hecho de que cuando se decretó la liquidación provisional de la sociedad conyugal Fierro-García, ya ésta había sido disuelta por el hecho de haber muerto el cónyuge Domingo Fierro.

"En los hechos de la demanda, en el distinguido con el número 15, se afirma que Domingo Fierro murió el 9 de febrero de 1946 y que la sentencia que decretó la liquidación provisional de la sociedad conyugal fue proferida el 15 de abril de 1946.

"Con la copia de la sentencia se comprobó que ésta lleva fecha indicada en el hecho número 15, pues así consta del folio 8 v. del cuaderno de la demanda de reconvención; y resulta igualmente comprobado con la copia del acta de defunción que aparece al folio 13 del cuaderno principal que Domingo Fierro falleció el 9 de febrero de 1946. Es, pues, evidente que la sociedad conyugal se había disuelto cuando se pronunció la sentencia que decidió sobre liquidación provisional de la sociedad conyugal. Pero no aparece comprobado que antes de proferir el señor juez la sentencia sobre liquidación provisional de la sociedad se hubiera hecho valer ante este funcionario el hecho de la muerte del cónyuge Domingo Fierro, hecho que seguramente habría llevado al juzgador a no decretar la liquidación provisional de la sociedad, como puede verse al estudiar en seguida lo resuelto por este funcionario cuando ya la sentencia que decretó la liquidación provisional se hallaba ejecutoriada y en camino de llevar a cabo la partición de los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal.

"En Sala singular, con fecha 21 de septiembre de 1946, el Magistrado ponente de este fallo, revisó por apelación la providencia dictada por el señor juez del conocimiento en el juicio de liquidación provisional de la sociedad conyugal Fierro-García el auto de 16 de agosto del citado año de 1946, en el cual, entre otras cosas, resolvió:

"Declárase improcedente la prosecución del juicio de liquidación provisional de la sociedad conyugal Fierro-García, por muerte de uno de los socios y ordénase la suspensión del procedimiento'.

"Y la Sala unitaria revocó la providencia dictada y ordenó la continuación del juicio de liquidación provisional.

"En la providencia aludida, que aparece en copia a los folios 870 y 883 v. del tomo 32 de autos civiles de esta corporación, se expusieron las razones que asistían a la Sala Unitaria, que pueden sintetizarse así: el juicio sobre liquidación provisional, al proferirse la sentencia que decretó la liquidación y al quedar ésta ejecutoriada, terminó propiamente hablando dicho juicio, pues el trámite que le sigue es solamente un desarrollo de la propia sentencia, y por consiguiente, teniendo ésta los caracteres de fallo definitivo, no podía dejarse de cumplir y terminar el juicio por medio de una simple providencia que dispusiese

su suspensión indefinida. Consecuencia de lo resuelto por esta Corporación fue que la iquidación de la sociedad conyugal Fierro-García se llevó hasta su término, adjudicando a cada cónyuge los bienes respectivos, según aparece comprobado en este proceso.

"Pero como el negocio fallado en la sentencia de 15 de febrero de 1946, que decretó la liquidación provisional de la sociedad conyugal Fierro-García, puede ventilarse dentro del presente juicio de reconvención, puesto que, como se ha dicho, así lo autoriza el artículo 8º de la ley 28 de 1932 y el inciso 2º (sic) del artículo 473 del C. J., sería el caso de estudiar el fondo del negocio sobre este particular.

"Mas, como el señor juez negó las súplicas de la demanda de reconvención porque encontró que los demandantes carecían de legitimación en causa para demandar, se hace necesario estudiar previamente esta cuestión, ya que si resultase comprobada se impondría la confirmación del fallo.

"La legitimación en causa, según lo expresa con claridad el señor juez en la decisión que se revisa, consiste en la radicación en cabeza del demandante del derecho que pretende hacerse efectivo por el ejercicio de la acción, y pasivamente por la radicación en cabeza del demandado de la obligación que conlleva el derecho alegado.

"Para abundar en claridad conviene recordar que los demandantes Ana Julia Fierro, Alberto y Francisco Fierro fueron reconocidos como hijos naturales de Domingo Fierro en la cláusula tercera de su testamento cerrado, por lo cual llevan su apellido, y que dice textualmente:

'Sexto. — De la cuarta de mis bienes de que puedo disponer libremente, lego a mi hija natural Ana Julia Fierro ya citada, la casa distinguida con los números 1-59 y 1-65 de la calle 7ª antes relacionada, con sus respectivos solares y cocina y todas sus anexidades y muebles que actualmente tiene, por sus correspondientes cercos.

'Séptimo.—Lo que de la cuarta de mis bienes de libre disposición reste al deducir el valor de la casa que lego a mi hija natural Ana Julia Fierro, lo lego a mis hijos Francisco y Alberto Fierro, así: mil pesos ($ 1.000.00) para el primero, y lo que sobrare para el segundo, debiéndoseles pagar estos legados en dinero efectivo proveniente de la venta de cualesquiera de mis bienes que no sean objeto de un legado'.

"Invocando este derecho de legatarios pretenden que mediante el presente juicio ordinario de reconvención se ventile nuevamente el juicio sobre liquidación provisional de la sociedad conyugal de su donante con María Antonia García.

"Si Domingo Fierro viviese, en cabeza de él radicaría el derecho de pedir la ventilación del juicio sobre liquidación provisional de la sociedad habida con su esposa. Ese derecho, muerto Fierro, se trasmite únicamente a sus herederos, como así lo dispone el artículo 1155 del C. C., citado por el señor juez en el fallo que se revisa: los herederos representan a la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones trasmisibles, dice esta norma. Y todavía más comprensivo es el inciso 2º del artículo 1008 del mismo Código, cuando dice: 'El título es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto'. Según esta disposición, el difunto solamente trasmite sus bienes, derechos y obligaciones a quienes le suceden a título universal, bien en la totalidad de sus bienes, ya en una cuota de ellos. Y como los demandantes en reconvención no sucedieron a Domingo Fierro en la totalidad de sus bienes o en una cuota de ellos, sino en especies o cuerpos ciertos, es incuestionable que a éstos no trasmitió el causante sus bienes, derechos y obligaciones trasmisibles.

"Luego, si el derecho de pedir que en el presente juicio ordinario se ventile el especial sobre liquidación provisional de la sociedad conyugal de que se viene hablando radicó en cabeza de Santiago Fierro, al morir éste solamente transfirió tal derecho a sus herederos; y no teniendo los demandantes esta calidad, es evidente que no radica en su cabeza el derecho de la legitimación en causa que tenía el causante".

Con base en los anteriores razonamientos, el Tribunal desecha las súplicas de la demanda de reconvención, y entra a analizar la demanda principal. Pero para los efectos de la casación y como el recurrente ataca únicamente la sentencia porque no aceptó las peticiones contenidas en la demanda de reconvención, se impone estudiar sólo ese aspecto del recurso.

La demanda de casación

Dice el recurrente:

"Cargos contra la sentencia. Con base en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, formulo contra la sentencia de segundo grado

pronunciada por el Tribunal Superior de Neiva en este juicio con fecha diez y seis de enero de mil novecientos cincuenta y cuatro, los siguientes CARGOS:

"**Segundo**—Acuso la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Neiva en este juicio, como violatoria de los artículos 1008 y 1155 del Código Civil, por aplicación indebida, o al menos, por interpretación errónea de su contenido; y el artículo 1157 de la misma obra, por haberlo dejado de aplicar al caso del pleito, cuando correspondía hacerlo. Este nuevo aspecto de la infracción proviene, de los manifiestos errores de hecho y de derecho en que incurrió el sentenciador al apreciar el contenido y mérito probatorio de las cláusulas sexta y séptima —relacionadas con la octava— de la memoria testamentaria de Domingo Fierro, por medio de las cuales asignó a Ana Julia, Francisco y Alberto Fierro o Sánchez, la cuarta de libre disposición, para negarle a este último su calidad de heredero y, dentro del supuesto inaceptable acogido por el fallo, el derecho que le asiste para promover, en dicha calidad, las acciones propuestas en el escrito de reconvención".

Se considera:

De la transcripción hecha aparece que el Tribunal sentenciador consideró que los contrademandantes Ana Julia, Alberto y Francisco Fierro carecen de legitimación en causa para iniciar la acción por medio de la cual pretenden que se revise en juicio ordinario la sentencia de liquidación provisional de la sociedad conyugal Fierro-García, porque tales personas no son herederos, sino legatarios de Domingo Fierro y con ese carácter carecen del derecho necesario para accionar en el juicio ordinario que proponen.

El recurrente ataca principalmente esa determinación del Tribunal, pues considera que, de acuerdo con las cláusulas del testamento de Domingo Fierro, sí tienen los actores el pleno derecho para iniciar la acción de revisión de la sentencia de liquidación provisional de la sociedad conyugal Fierro-García.

Si del estudio de este punto se llega a la conclusión de que los contrademandantes tienen el derecho para iniciar la acción y que el Tribunal de Neiva falló erróneamente, entonces prosperará el recurso de casación interpuesto y debe procederse a dictar por la Corte la sentencia de instancia que haya de reemplazar a la sentencia recurrida.

Es, pues, procedente, hacer algunas consideraciones previas para saber si a los actores en la demanda de reconvención les asiste el derecho de pedir, como lo han hecho, o sea, si existe, respecto de ellos la legitimación en la causa.

Como la demanda judicial de un derecho no es otra cosa que una forma del ejercicio del derecho de que el actor se considera titular y que estima se le ha vulnerado por quien señala como demandado, lo primero que surge en todo litigio es saber si realmente la ley concede al actor la facultad para ejercitar ese derecho y si la persona contra quien se endereza la acción es la obligada a responder en juicio; porque si resulta que no existe la legitimación del actor y la del demandado, la demanda no puede tener éxito, no porque la acción en sí no exista, sino por la sencilla razón de que no ha sido ejercitada por quien sea el titular del derecho o porque se haya dirigido contra quien no está obligado a responder en el pleito.

La legitimación para obrar es, como lo anota Chiovenda, la condición para obtener una sentencia favorable, porque presupone la capacidad específica para hacer valer un derecho (legitimación activa) contra la persona que precisamente ha de ser sujeto pasivo del derecho (legitimación pasiva); o como dice Kisch (Elementos de Derecho Procesal Civil, pág. 106):

"La cualidad en virtud de la que una acción o derecho puede y debe ser ejercitado por o contra una persona en nombre propio, se llama legitimación en causa, o facultad de llevar, gestionar o conducir el proceso, activa para aquel que puede perseguir judicialmente el derecho, y pasiva para aquel contra el cual éste se ha de hacer valer.

"El principio según el cual se determina la legitimación, está, pues, por su naturaleza, concebido en estos términos: la acción debe ser ejercitada por su titular (por el que tiene el derecho) y ha de dirigirse contra el obligado".

A este propósito, la Corte, en sentencia de 19 de agosto de 1954, publicada en la GACETA JUDICIAL número 2145, pág. 351, dijo:

"Legitimación en causa. (**Legitimatio ad causam**). Por esto se entiende la identidad del actor con la persona a quien la ley concede la acción instaurada (legitimación activa) y la identidad del demandado con la persona contra quien es concedida la acción (legitimación pasiva). De tal

manera que la legitimación en la causa es cuestión atinente a la titularidad del derecho del actor o de contradicción... La legitimidad **ad causam** es cuestión de fondo (**merita causae**).....

"Cuando el juez dicta sentencia de fondo adversa a la demanda por carencia de legitimación en la causa del actor o del demandado, niega la acción por defecto de titularidad en el sujeto activo o pasivo de la acción; bien porque el actor no tiene la calidad para instaurarla o bien porque el demandado no tiene la calidad para responder por ella".

En el caso que se estudia el Tribunal estimó que los contrademandantes carecían de la legitimación en la causa por ser legatarios y no herederos de Domingo Fierro, "y no teniendo los demandantes esta calidad, es evidente que no radica en su cabeza el derecho de legitimación en causa que tenía el causante". (Sentencia, folio 19 v., cuaderno 5).

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal tuvo en cuenta el testamento otorgado por Domingo Fierro y después de trascribir las cláusulas sexta y séptima, dice que "invocando este derecho de legatarios pretenden que mediante el presente juicio ordinario de reconvención se ventile nuevamente el juicio sobre liquidación provisional de la sociedad conyugal de su donante con María Antonia García".

Para aclarar la cuestión, es conveniente destacar las cláusulas pertinentes del testamento de Domingo Fierro, que fue protocolizado por la escritura número 336 de fecha 21 de marzo de 1946, de la notaría primera de Neiva, y que obra á los folios 3 a 6 del cuaderno número 2 del expediente. En ese acto testamentario, que tiene fecha cinco de enero de mil novecientos cuarenta y seis, expresa el testador que tiene ochenta y siete años de edad; que está casado con María Antonia García "pero de hecho vivo separado de ella desde hace muchos años; que son sus hijos legítimos Susana, Olimpo, José Domingo y Simón, de los cuales el segundo murió sin dejar descendencia. Tercero. Reconozco como hijos naturales, por medio de este testamento, a Ana Julia, Francisco y Alberto Fierro, quienes llevan mi apellido por mi voluntad y me han acompañado en los años de mi vejez... Quinto. Declaro que mi mujer María Antonia García no aportó bienes al matrimonio, que yo aporté la mayor parte de los relacionados, y que durante nuestro matrimonio, pero estando separados de hecho, construí la casa de teja de la calle 7ª y la tienda de teja de la calle 2ª. Sexto. De la cuarta parte de mis bienes de que puedo disponer libremente, lego a mi hija natural Ana Julia Fierro, ya citada, la casa distinguida con los números 1-59 y 1-65 de la calle 7ª, antes relacionada, con sus respectivos solares y cocina y todas sus anexidades y muebles que actualmente tiene, por sus correspondientes cercos. Séptimo. Lo que reste de la cuarta parte de mis bienes de libre disposición al deducir el valor de la casa que lego a mi hija natural Ana Julia Fierro, lo lego a mis hijos Francisco y Alberto Fierros (sic) así: mil pesos ($ 1.000.00) para el primero, y lo que sobrare para el segundo, debiéndoseles pagar estos legados en dinero efectivo proveniente de la venta de cualesquiera de mis bienes que no sean objeto de un legado. Noveno. Instituyo herederos universales del remanente de mis bienes, a mis citados hijos legítimos Susana, José Domingo y Simón Fierros (sic)".

Ante esta voluntad del testador, claramente expresada, y a la luz de las disposiciones pertinentes del Código Civil, ¿cuál es la calidad de los actores en la demanda de reconvención? Serán siemples legatarios o tendrán la calidad de herederos?

De la solución de estas dos cuestiones depende el éxito o el fracaso de la demanda de casación que ataca la sentencia por cuanto en ella se dio a los actores en la reconvención el carácter de simples legatarios de Domingo Fierro y por lo tanto se les desconoció el derecho de iniciar la acción, toda vez que ese derecho, dice el Tribunal, corresponde sólo a los herederos y no a los legatarios.

El testador Domingo Fierro fue casado con María Antonia García y de ese matrimonio nacieron: Susana Fierro, el 17 de junio de 1905; José Domingo Fierro, el 28 de julio de 1909 y Simón Alberto Fierro, el 26 de octubre de 1911.

Como hijos naturales reconocidos por Domingo Fierro en su testamento aparecen: Alberto Sánchez que nació el 30 de agosto de 1919; Ana Julia Sánchez, nacida el 21 de junio de 1922 y Francisco Sánchez que nació el 29 de febrero de 1923.

De las fechas del nacimiento de los hijos de Domingo Fierro, tanto de los legítimos como de los naturales, se deduce que estos últimos no pueden participar en la herencia de su padre, en concurrencia con los hijos legítimos de éste, porque la ley 45 de 1936 en su artículo 27 estatuye que "la presente ley, en cuanto se refiere a los derechos herenciales de los hijos naturales, en

concurrencia con hijos legítimos de matrimonios anteriores a la vigencia de aquélla, sólo tendrá efecto en favor de los concebidos con posterioridad a la fecha en que empiece a regir". Y como los hijos naturales fueron concebidos antes de la vigencia de la ley 45 citada, o sea antes del 1º de junio de 1936, es evidente que tales hijos no podían concurrir a la sucesión intestada de su padre natural con los hijos legítimos de éste.

Pero como Domingo Fierro otorgó testamento y la ley le concedía el derecho de disponer libremente de la cuarta parte de sus bienes, asignándola a quien quisiera, bien pudo disponer de esa cuarta parte en favor de sus hijos naturales, como en efecto lo hizo, cuando dispuso en su testamento:

"Sexto.—De la cuarta parte de mis bienes de que puedo disponer libremente, lego a mi hija natural Ana Julia Fierro, ya citada, la casa distinguida con los números 1-59 y 1-65 de la calle 7ª.

"Séptimo.—Lo que reste de la cuarta parte de mis bienes de libre disposición, al deducir el valor de la casa que lego a mi hija natural Ana Julia Fierro, lo lego a mis hijos Francisco y Alberto Fierros (sic), así: mil pesos ($ 1.000.00) para el primero, **y lo que sobrare** (subraya la Corte) para el segundo. .....

"Octavo. — Instituyo herederos universales del remanente de mis bienes a mis citados hijos legítimos Susana, José Domingo y Simón Fierros (sic).

"Noveno.—Nombro albacea a mi hijo natural Francisco Fierro. ....."

Para saber de qué clase de asignación se trata, es preciso examinar lo que dispone el Código Civil en sus disposiciones pertinentes, que son los artículos 1008, 1011, 1155 y 1162.

De acuerdo con estos textos legales, se sucede a una persona difunta a título universal o a título singular. El título es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones trasmisibles o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto. El título es singular cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos, como tal caballo, tal casa; o en una o más especies indeterminadas de cierto género, como un caballo, tres vacas, seiscientos pesos, cuarenta hectolitros de trigo (art. 1008).

Las asignaciones a título universal se llaman herencias, y las asignaciones a título singular, legados. El asignatario de herencia se llama heredero, y el asignatario de legado, legatario (artículo 1011).

Los asignatarios a título universal, con cualesquiera palabras que se les llame, y aunque en el testamento se les califique de legatarios, son herederos; representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones trasmisibles. Los herederos son también obligados a las cargas testamentarias, esto es, a las que se constituyen por el testamento mismo, y que no se imponen a determinadas personas (artículo 1155). Los asignatarios a título singular, con cualesquiera palabras que se les llame, y aunque en el testamento se les califique de herederos, son legatarios; no representan al testador; no tienen más derechos ni cargas que las que expresamente se les confiera o impongan. Lo cual sin embargo, se entenderá sin perjuicio de su responsabilidad en subsidio de los herederos, y de la que pueda sobrevenirles en el caso de la acción de reforma (artículo 1162).

De los preceptos citados se deduce:

El título es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones trasmisibles, o en una cuota de ellos; es singular cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos, o en una o más especies indeterminadas de cierto género; en el primer caso el asignatario es heredero y en el segundo es legatario.

La calidad de la asignación no se deduce de las palabras que haya empleado el testador, sino de la naturaleza de ella. Si el testador dijera, por ejemplo: lego todos mis bienes a X, se trataría de institución de heredero; y si expresara: designo a X como heredero de tal casa, se estaría en presencia de una asignación a título singular, o sea de un legado.

La herencia dá derecho a una o más personas a los bienes del difunto o a una cuota de ellos; el heredero representa a la persona del causante para sucederle en todos sus derechos y obligaciones que puede trasmitir y es obligado a las cargas testamentarias. En cambio, el legatario sucede únicamente en los bienes que se le asignan como objeto del legado; no representa al testador y se considera como un mero acreedor de lo que se le ha legado, con el derecho que tiene a pedir que se le satisfaga su acreencia.

Pero como la libertad de testar está limitada por la ley, toda vez que el testador tiene que respetar las asignaciones forzosas a que se refiere el capítulo 5º del libro tercero del Código Civil,

asignaciones que el testador es obligado a hacer, y que se suplen por la ley cuando no las ha hecho, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias (artículo 1226 del Código Civil), es claro que las asignaciones a título singular no pueden ir más allá de la parte de bienes de que el testador ha podido disponer libremente, o sea la cuarta de libre disposición, cuando se trata de asignaciones a quienes no son legitimarios en calidad de descendientes legítimos, pues cuando se trata de asignatarios que tienen tal carácter, el testador puede disponer en favor de uno o de varios de ellos, tanto de la cuarta de libre disposición como de la cuarta de mejoras.

Si el testador sobrepasa tales asignaciones, éstas deben ser reducidas en los términos de la ley; ello es obvio para evitar que el testador, mediante legados, pueda llegar a perjudicar las asignaciones forzosas. Para los efectos sucesorales, Susana, Francisco y Alberto Fierro son personas extrañas respecto al testador Domingo Fierro, porque ellos en sucesión intestada no tendrían derecho a concurrir con los hijos legítimos que son herederos forzosos. Pero esto no impide que hubieran sido instituídos herederos en la cuarta parte de los bienes de que el causante podía disponer con absoluta libertad, distribuyendo esa cuarta parte ya en forma de legados o de asignaciones a título universal.

Susana y Francisco Fierro tienen evidentemente el carácter de legatarios, pues el testador legó a la primera una casa determinada, y al segundo la cantidad de mil pesos ($ 1.000.00) (objeto indeterminado de cierto género). Estos legatarios no representan al testador y no tienen más derechos que los que expresamente se les confieren; entre tales derechos está el de hacer efectiva su acreencia y el de poder defender su asignación como puede hacerlo cualquier acreedor en guarda de sus legítimos intereses. En cambio la asignación hecha por el testador en favor de su hijo natural Alberto Fierro, lo es a título universal, pues fue llamado a la herencia, en lo que sobre, vale decir, en el remanente de la cuarta parte de los bienes de que el testador podía disponer libremente, deducido el valor de los legados hechos a favor de Susana y de Francisco Fierro; y tiene esa asignación la calidad de a título universal, pues el asignatario fue instituído como tal en una cuota de los bienes, indeterminada, pues se refiere a un remanente; bien puede suceder que ese remanente no exista porque el valor de los legados sea igual o superior al valor de la cuarta parte arriba mencionada. Entonces el asignatario no recibirá nada, pero esto no le quita a la asignación el carácter que tiene.

Se dice lo anterior para llegar a la conclusión de que Alberto Fierro tiene el carácter de heredero de Domingo Fierro, no obstante que en el testamento se le designa como legatario (artículo 1155 del Código Civil) y como tal heredero tiene la legitimación en la causa para iniciar la acción que ejercitó mediante la demanda de reconvención, suscrita con sus hermanos naturales y legatarios Susana y Francisco Fierro. Cómo el Tribunal en la sentencia tuvo a Alberto Fierro como simple legatario cuando dice "que es asignatario de especie o cuerpo cierto", incurriendo en error de hecho en la apreciación del testamento, puesto que en la cláusula 7ª no se le asignan especies o cuerpos ciertos sino el remanente de la cuarta de libre disposición y por este error le negó el derecho a contrademandar, violó los artículos 1008 y 1155 del Código Civil, por aplicación indebida y violó también, por no haberlo aplicado, el artículo 1157 del mismo Código.

Es suficiente lo dicho para concluir que el segundo cargo formulado por el recurrente en la demanda de casación es fundado y que, por tal motivo, la sentencia debe casarse, sin que sea necesario estudiar los otros cargos, porque así lo dispone el artículo 538 del Código Judicial.

Para dictar la sentencia que la reemplace, además de las consideraciones expuestas anteriormente, se agregan las siguientes:

La demandante María Antonia García de Fierro se funda, para pedir que se excluyan de los inventarios practicados en la sucesión de Domingo Fierro los bienes que relaciona en la demanda, en el hecho de que a ella se le adjudicaron esos bienes en el juicio sobre liquidación provisional de la sociedad conyugal que se formó por el matrimonio de Domingo Fierro con María Antonia García; los demandados que son hijos naturales de Domingo Fierro, y uno de ellos, Alberto Fierro, su heredero, demandaron en reconvención a la actora, para pedir que se declare "que carece de valor legal la sentencia de fecha 15 de febrero de 1946, proferida por el Juzgado 6º civil de este circuito, por la cual se decretó la liquidación provisional de la sociedad conyugal formada entre Domingo Fierro y María Antonia García, se ordenó la distribución por mitad de los bienes sociales entre los citados cónyuges, a buena cuenta de lo que hubiera de corresponderles en la liquidación definitiva, y se ordenó la

práctica de inventarios y avalúos de los bienes sociales de la nombrada sociedad conyugal.....", es decir, que la contrademanda se endereza a desconocer el título de propiedad que la demandante García pretende tener sobre los bienes cuya exclusión de los inventarios de la sucesión de Domingo Fierro ha solicitado.

Planteado así el problema, es preciso, para dilucidarlo, estudiar primero la demanda de reconvención porque si se llega al resultado de que la sentencia pronunciada en el juicio sobre liquidación provisional de la sociedad conyugal, cuya revisión se pide en los términos de la ley, carece de valor, entonces cae por su base la demanda principal, como es lógico y natural.

La ley 28 de 1932 autorizó en su artículo 7º la liquidación provisional de las sociedades conyugales existentes a la época en que entró en vigencia ese estatuto legal, con el objeto de determinar cuáles de los bienes que formaban el acervo de las sociedades pasaban a poder de los cónyuges para que ellos continuaran administrando y disponiendo libremente de tales bienes. Pero los efectos de esa liquidación provisional se entienden como que los bienes adjudicados a cada uno de los cónyuges se entrega a buena cuenta de lo que a dichos cónyuges les debe corresponder a título de gananciales en la liquidación definitiva, que se practicará, precisamente cuando la sociedad conyugal quede disuelta; y ese evento se presenta cuando ocurra alguna de las causales que determina el artículo 1820 del Código Civil, la primera de las cuales es la disolución del matrimonio. Cuando el matrimonio se disuelve queda también disuelta, por ministerio de la ley, la sociedad conyugal, y es bien sabido que dentro del sistema legal colombiano el matrimonio queda disuelto por la muerte de uno de los cónyuges.

Siempre que uno de los socios de la sociedad conyugal fallece, entonces se debe proceder a la liquidación definitiva de la sociedad conyugal, liquidación que se practicará siguiendo las normas consagradas por el Código Civil en los artículos 1821 a 1836, en armonía con las normas que se aplican a la distribución de los bienes para el caso de la sucesión por causa de muerte. No importa que los cónyuges, ya por sí mismos o por medio de la justicia, hayan definido provisionalmente y sin perjuicio de terceros, las cuestiones relativas a la distribución de los bienes que haya de corresponder a cada uno de ellos, porque siempre será necesario proceder a la liquidación definitiva cuando la sociedad se disuelva. Esto quiere decir que la liquidación provisional se efectuará mientras el matrimonio subsista, o sea mientras exista la causa determinante de la formación de la sociedad conyugal, pero en ningún caso puede pretenderse que pueda practicarse una liquidación provisional ya disuelto el matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges, porque esto peca contra la finalidad de tal liquidación.

En el caso que se estudia está plenamente demostrado que la sentencia que ordenó la liquidación provisional de la sociedad conyugal Fierro-García, fue dictada después de muerto el cónyuge Domingo Fierro, es decir, después de disuelto el matrimonio y por lo tanto, ya disuelta la sociedad conyugal, o sea cuando no existía ninguna razón para la liquidación provisional, sino cuando se imponía la liquidación definitiva de una sociedad conyugal que estaba disuelta por mandato de la ley.

La sentencia se dictó, entonces, por fuéra de los preceptos de la ley 28 de 1932 y especialmente de su artículo 7º, razón por la cual no puede producir ningún efecto legal.

Esto es precisamente lo que se propone en la demanda de reconvención, peticiones primera y segunda, y que no fue considerado ni por el Juzgado de primera instancia ni por el Tribunal, no obstante que el sentenciador en la segunda instancia admitió la viabilidad de la acción encaminada a obtener la revisión en juicio ordinario, de la sentencia de fecha 17 de febrero de 1946, dictada en juicio especial, como lo es el de liquidación provisional de una sociedad conyugal.

Si pues la ameritada sentencia carece de valor legal, lo conducente es proceder a la liquidación definitiva de la sociedad conyugal Fierro-García, siguiendo para ello el procedimiento indicado en las disposiciones del Código Civil, citadas atrás; en esa liquidación las partes tienen libres todos los caminos legales para discutir cuáles son los bienes propios de los socios, cuáles los de la sociedad, y cómo deben hacerse las adjudicaciones respectivas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Neiva el diez y seis de enero de mil novecientos cincuenta y cuatro, en el juicio ordinario de María Antonia García contra la sucesión de Domingo

Fierro, y, revocando la de primera instancia, dictada por el Juez Segundo del Circuito en lo Civil de Neiva, con fecha seis de junio de mil novecientos cincuenta y tres,

RESUELVE:

1º Se absuelve a los demandados de los cargos de la demanda principal;

2º Revísase la sentencia dictada por el Juez Segundo del Circuito en lo Civil de la ciudad de Neiva, el día 15 de febrero de 1946, por la cual se decretó la liquidación provisional de la sociedad conyugal formada por el matrimonio de Domingo Fierro y María Antonia García y se hicieron otras declaraciones, y por tanto se declara sin valor ni efecto la citada sentencia;

3º Como consecuencia de lo resuelto en el punto anterior, se declara sin valor legal la sentencia de fecha 19 de noviembre de 1947, dictada por el mismo Juez y en el mismo juicio, en virtud de la cual se aprobó la partición de bienes sociales practicada dentro del juicio especial de liquidación provisional de la sociedad conyugal formada por el matrimonio de Domingo Fierro y María Antonia García, y por lo tanto se ordena la cancelación de los registros de dicha sentencia aprobatoria de la partición y los de las hijuelas de adjudicaciones respectivas, registros que fueron hechos en la oficina de Registro de Neiva, con fechas 16 y 17 de febrero de 1948, así: sentencia aprobatoria de la partición en el Libro número Primero, página 27, tomo 2º par, número 183, y

4º Sin costas ni en las instancias ni en el recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y vuelva el expediente al Tribunal de origen.

José Hernández Arbeláez — Manuel Barrera Parra — José J. Gómez R. — Julio Pardo Dávila — Ernesto Melendro Lugo, Srio.

JUICIO SOBRE RENDICION DE CUENTAS. — ERROR MANIFIESTO DE HECHO DEL TRIBUNAL EN LA APRECIACION DE UNAS PRUEBAS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, a veinticuatro de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Alberto Zuleta Angel)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pereira en el juicio sobre rendición de cuentas promovido por el señor Presbítero Dr. Francisco López H. y otros contra Arnulfo González Echeverri.

Antecedentes:

Ante el Juzgado del Circuito de Pereira, el Dr. Francisco López H. y otros presentaron una demanda de rendición de cuentas contra Arnulfo González Echeverri, quien ejerció las funciones de secuestre en un juicio ejecutivo que, contra los citados demandantes, siguió la Cooperativa de Habitaciones Obreras Económicas del Barrio de la Providencia, Limitada.

El Juzgado ordenó la rendición de cuentas en providencia que, apelada por el demandado, fue confirmada por el Tribunal Superior de Pereira.

En cumplimiento del mencionado fallo, González Echeverri rindió las cuentas por medio de escrito que contiene una relación de entradas y gastos durante el tiempo en que ejerció el cargo de secuestre y al cual acompañó una serie de legajos.

En la parte final de dicho escrito hace el secuestre el siguiente resumen:

Gastos:

Valor de los gastos efectuados en el período comprendido entre el 7 de junio de 1948 y el 1º de diciembre del mismo año.	$ 19.064.92	
Valor de los gastos efectuados entre el 1º de diciembre de 1948 y el 5 de abril de 1951.	118.498.40	
Entradas:		
Entradas en el lapso comprendido entre el 7 de junio de 1948 y el 1º de diciembre del mismo año.		$ 17.419.64
Entradas en el lapso comprendido entre el 1º de diciembre de 1948 y el 5 de abril de 1951		112.314.02
Saldo a favor del secuestre.		7.829.66
Sumas iguales ..	$ 137.563.32	$ 137.563.32

A estas cuentas formuló varias objeciones el apoderado de la parte demandante, objeciones que no fueron aceptadas por el demandado. El juicio se recibió a pruebas durante el respectivo término, sólo la parte demandada solicitó la práctica de algunas.

El Juzgado, tramitada la instancia, resolvió no aprobar las cuentas y ordenar al secuestre que las rindiera nuevamente en el término de cinco días contados a partir de la ejecutoria del fallo. Ambas partes apelaron.

El Tribunal Superior de Pereira revocó el fallo de primer grado y en su lugar resolvió:

"Primero.—Apruébanse las cuentas presentadas por el secuestre, señor Arnulfo González Echeverri, correspondientes a su administración como secuestre en el juicio ejecutivo adelantado por la Cooperativa de Habitaciones Obreras Económicas del Barrio de la Providencia Limitada, de esta ciudad, contra Aníbal López y otros, du-

rante el período comprendido entre el 7 de junio de 1948 al 5 de abril de 1951, inclusive, con las modificaciones a que dan lugar las objeciones que se encontraron fundadas de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

"Segundo.—Como consecuencia de lo anterior el secuestre González Echeverri, de las condiciones civiles anotadas en el juicio, queda a deber a la parte demandante en este negocio la suma de **tres mil doscientos seis pesos con veintinueve centavos ($ 3.206.29)** m/cte., como saldo que resulta en su contra por razón de las cuentas rendidas y objeciones que prosperan, habida consideración de las entradas y salidas ocurridas durante todo el tiempo de su administración, según lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

"Tercero.—Queda a salvo el derecho del señor Arnulfo González Echeverri para cobrar por separado el valor de sus honorarios si es que no se los han cubierto.

"Cuarto.—No hay lugar a costas."

La casación.

En concepto del recurrente, el fallo viola la disposición del artículo 2181 del Código Civil como consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas que forman los cuadernos números 84 y 5.

Se advierte que en la demanda de casación se exponen algunas consideraciones de carácter general en contra del criterio que guió al sentenciador en la decisión acusada. Sobre lo cual debe anotarse que a la Corte, en el estudio y resolución del recurso, sólo le corresponde examinar si, en la apreciación de las pruebas concretamente señaladas por el recurrente, incurrió o nó el sentenciador en los errores que se le atribuyen. A ello se encamina la corporación.

A) **Cuaderno número 84** (legajo Nº 97).—Dice el recurrente: "En efecto, no podría decidirse nada acerca del recurso de casación, si no se examinara con detenimiento en la Corte el cuaderno número 84, compuesto de 175 folios. Estos comprobantes se refieren al despacho y entrega de doscientos treinta y seis mil ciento diez y seis (236.116) ladrillos y adobes a distintas personas. Absolutamente en ninguno de ellos está fijado el precio del material fabricado en los galpones que administraba como secuestre judicial el Sr. González Echeverri. Por qué, como es obvio, solamente se quiere hacer constar la entrega y de ninguna manera se indica el precio? He ahí, señores magistrados, la gravedad de la situación, que el Tribunal de Pereira no quiso examinar. Pasó por alto, como si no fueran partidas importantes, como si la venta de cerca de un cuarto de millón de piezas fabricadas en los tejares de propiedad de los señores López, demandantes en este juicio, fuese un hecho simple, al cual no se le puede atribuir ninguna significación trascendental. Entonces cuándo es que las partidas son importantes para que deban estar documentadas?". Agrega que "en la suma total que aparece en el folio 36 del cuaderno número 4 (sentencia del Tribunal de Pereira) y que asciende a la cantidad de $ 109.834.55, figuran los materiales despachados (236.116) piezas por el precio comercial vigente en la región, si de manera sistemática se ocultó tal precio, según aparece en el cuaderno número 84, compuesto de 175 folios?"

Se considera:

Que en relación con los documentos que forman el cuaderno número 84, o sea el legajo número 97 presentado por el secuestre, no aparece formulada ninguna objeción a las cuentas (folio 11, cuaderno número 4); de tal manera que nada tenía que resolver el tribunal respecto de tales documentos;

Que el tribunal, al referirse a las entradas, expresa que están acreditadas las de la segunda etapa, o sea la del 1º de diciembre de 1948 al 5 de abril de 1951 "por medio de 38 legajos numerados **del 59 al 96**, inclusive cuyos saldos parciales son los siguientes (aquí se relacionan)", esto es, no se menciona ni se tiene en cuenta el legajo número 97, cuaderno número 84 (folios 33 vto. y 34, cuaderno número 4);

Que al sumar las entradas, el tribunal no tomó en consideración los documentos que figuran en el legajo número 97, pues como ya se dijo, sólo tuvo en cuenta los recibos que aparecen en los legajos números 59 a 96 (folios citados); de tal suerte que no tiene razón el recurrente al decir que en la suma total que aparece en el folio 36 del cuaderno número 4, sentencia acusada, figuran los materiales a que se refiere el cuaderno número 84;

Que en consecuencia, no incurre el sentenciador en los errores que le imputa el recurrente.

B) **Cuaderno número 5.**—Expone el recurrente que "hay otras pruebas sobre las cuales ningún análisis hizo le tribunal, a pesar de que en la sentencia las aprueba. Se refieren al cuaderno 5

Folio 574: "Por $ 100.00 m/cte. Recibí del señor Arnulfo González Echeverri la suma de cien pesos ($ 100.00) moneda corriente, por concepto de honorarios por la redacción del escrito sobre rendición de cuentas que ha de presentar el señor González Echeverri al Juzgado Civil de este Circuito, como secuestre de los tejares denominados Verdún y El Mango. Pereira, 30 de noviembre de 1948. Recibí. Daniel Barbosa R. Céd. 1804519 de Tuluá". Folio 575: "Por $ 300 m/cte.. Recibí del señor Arnulfo González Echeverri la cantidad de trescientos pesos ($ 300.00) moneda legal, por concepto de honorarios como contador para llevar las cuentas de su secuestro en el lapso comprendido entre el 17 de junio y el 30 de noviembre del año en curso. Pereira, 30 de noviembre de 1948. Recibí, Ignacio Echeverri. Céd. Nº 2733332 de Pereira". Folio 576. "Declaro que tengo invertidos la cantidad de ciento cincuenta ($ 150.00) pesos moneda corriente, en pasaportes para atender a llamadas del Juzgado Civil de este Circuito y para moverme a las ciudades de Pereira, Manizales y Santa Rosa a fin de vender productos de los tejares Verdún y El Mango que manejo en calidad de secuestre. Pereira, 30 de noviembre de 1948. Arnulfo González Echeverri". Folio 577. "Por $ 1.500.00 m/cte. Declaro que he invertido para el sostenimiento mío y el de mi familia, en mi calidad de secuestre judicial de los tejares denominados Verdún y El Mango ubicados en Chinchiná, la cantidad de un mil quinientos pesos ($ 1.500.00) m/cte. durante el lapso comprendido del 7 de junio al 30 de noviembre del año en curso, a razón de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00) mensuales. Pereira, 30 de noviembre de 1948. Arnulfo González E.". Con una ingenuidad digna de mejor causa el señor González Echeverri le paga al señor Daniel Barbosa para que le haga "la redacción del escrito sobre rendición de cuentas" y al señor Ignacio Echeverri para que le lleve las mismas cuentas, sin perjuicio de declarar paladinamente que ha invertido "en pasaportes para atender a llamadas del Juzgado Civil de este Circuito" y en el sostenimiento de su familia determinadas cantidades, que quiere hacerle pagar a los dueños de los tejares, como si el secuestre no tuviera fijados sus honorarios de acuerdo con lo dispuesto en el Libro 2º, título XVI del C. J. No obstante que figuran recibos relacionados con el pago de honorarios de un contador, la contabilidad no aparece por ninguna parte. Porque no se puede llamar contabilidad la formación de los legajos que el señor González Echeverri presentó para justificar sus cuentas. Como se sabe, la contabilidad registra, precisamente, las operaciones y actividades de que dan cuenta los recibos y demás papeles que hacen parte de aquellos legajos".

Se considera:

Que el apoderado de la parte demandante, en el escrito de objeciones a las cuentas, objetó los gastos a que se refieren los documentos que se encuentran en el legajo número 17, que forma parte del cuaderno número 5 (cuaderno número 4, ff. 6 vto. y 7); y que el sentenciador se abstuvo de declarar fundada la objeción;

Que los gastos a que se refieren los mencionados documentos carecen, en realidad, de justificación, como lo observa el recurrente;

Que en la sentencia recurrida se expresa, con razón, que "el secuestre no puede señalarse a sí mismo sus honorarios y muchísimo menos el pagarse de su propia cuenta", criterio del cual se apartó al sentenciador al admitir, como gasto comprobado, la partida de mil quinientos pesos de que trata el documento visible a folio 577 del cuaderno número 5, siendo de anotar por otra parte que, como ya se vió, la sentencia le reconoce al secuestre el derecho de cobrar, por separado, el valor de sus honorarios (punto tercero de la parte resolutiva);

Que además, el secuestre no podía cargar a los dueños de los tejares, en la forma en que lo hizo, los gastos hechos para elaborar el escrito sobre rendición de cuentas y para atender a las citaciones que se le hicieron en el juicio respectivo;

Que hay por parte del tribunal, por lo dicho, un manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas consistentes en los documentos a que se ha hecho referencia;

Que, en consecuencia, es fundado el cargo que por este aspecto se formula contra el fallo, el cual, en este punto, debe casarse.

Sentencia de instancia

Lo anteriormente expuesto sirve de motivación al fallo de instancia que corresponde dictar a la Corte.

Los gastos que se han encontrado sin justificación ascienden a la suma de dos mil cincuenta pesos. En consecuencia, el fallo del tribunal debe modificarse en el sentido de aumentar a la suma de cinco mil doscientos cincuenta y seis pesos con veintinueve centavos ($ 5.256.29) el saldo a cargo del secuestre.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1º—Casar la sentencia acusada;

2º—Fallar el pleito así:

a)—Apruébanse las cuentas presentadas por el secuestre, señor Arnulfo González Echeverri, correspondientes a su administración como secuestre en el juicio ejecutivo promovido por la Cooperativa de Habitaciones Obreras Económicas del Barrio de La Providencia, Limitada, contra Aníbal López y otros, durante el período comprendido entre el 7 de junio de 1948 y el 5 de abril de 1951, inclusive, con las modificaciones a que dan lugar las objeciones que se encontraron fundadas.

b)—Como consecuencia de lo anterior, el señor Arnulfo González Echeverri debe pagar a la parte actora la suma de cinco mil doscientos cincuenta y seis pesos con veintinueve centavos ($ 5.256.29), por razón del saldo que resulta en contra suya de las cuentas rendidas y objeciones que prosperan.

c)—Queda a salvo el derecho de Arnulfo González Echeverri para cobrar por separado el valor de sus honorarios si no se le han pagado.

d)—No hay lugar a costas.

3º—Sin costas en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la **Gaceta Judicial.** Devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Alberto Zuleta Angel.—Ignacio Gómez Posse. Agustín Gómez Prada.—Luis F. Latorre U.—Ernesto Melendro L., Secretario.

ACCION DE SIMULACION Y SUBSIDIARIA DE NULIDAD. — SIMULACION RELATIVA Y ABSOLUTA. — DIFERENCIA ENTRE LA ACCION DE SIMULACION Y LA DE NULIDAD. — TECNICA DE CASACION

1.—La jurisprudencia de la Corte no es la ley sustantiva que por errónea interpretación pueda ser causal de casación.

2.—No es propio hablar de error de derecho en la interpretación de la demanda; lo jurídico es la alegación de error de hecho que conduzca a la violación de la ley sustantiva en forma indirecta.

3.—La Corte se ha expresado en numerosos fallos sobre la diferencia específica entre la acción simulatoria y la acción de nulidad. En la primera se trata de conseguir la declaración de inexistencia de un pacto aparente para que salte a la vida jurídica el que efectiva y realmente acordaron las partes en forma secreta. En la segunda se busca la invalidación de un acto jurídico real el que por falta de determinados presupuestos de fondo o de forma no puede subsistir. Estos caracteres específicos demuestran la incompatibilidad de las dos acciones fundadas en proposiciones no solamente contrarias sino contradictorias. La doctrina registra numerosas jurisprudencias sobre el particular.

4.—La mera divergencia conceptual entre el fallador y el recurrente sobre los medios probatorios no generan por sí sola el error de hecho.

5.—No es de recibo en casación presentar pruebas, como lo hizo el recurrente, allegando copias de escrituras públicas en el acto de la audiencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, agosto veintiseis de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora en el juicio, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el diez y nueve (19) de septiembre de mil novecientos cincuenta y tres (1953).

Antecedentes

Los cónyuges Manuel de la Rosa y Margarita Moncayo por una parte, y Manuel Chaves Ruiz por la otra, celebraron el contrato de venta recogido en la escritura pública número quinientos ochenta y nueve (589) de seis (6) de junio de mil novecientos cuarenta y siete (1947) otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Pasto; en ese instrumento se detallaron los inmuebles objeto de la venta en la suma de dieciocho mil pesos ($ 18.000.00) "que los vendedores declararon haber recibido del comprador Chaves Ruiz, a su entera satisfacción".

Manuel Chaves Ruiz vendió a Ramona Valenzuela de Gordillo por escritura número mil cuatrocientos veintiocho (1.428) de treinta (30) de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete (1947) el inmueble a que alude la letra d) de la escritura quinientos ochenta y nueve (589) referida.

Por escritura número mil cuatrocientos treinta (1.430) de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete (1947) Chaves Ruiz vendió a los Pbrs. Marco Tulio Dorado y Manuel Agreda, como representantes de la Parroquia de San Sebastián y Santuario de la Merced el inmueble especificado en la letra f) de la citada escritura.

Por escritura mil cuatrocientos veintidós (1.422) de veintinueve (29) de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete (1947), Chaves Ruiz vendió a Margarita Moncayo de la Rosa los inmuebles individualizados en las letras a), b), c), g), h), i), y j) del mentado instrumento.

Margarita Moncayo los traspasó a sus sobrinas Raquel Moncayo de Jácome por escritura número sesenta y nueve (69) de veinte (20) de enero de mil novecientos cuarenta y ocho (1948).

Manuel Chaves traspasó a Rosalba de la Rosa de Gutiérrez por escritura número mil cuatrocientos diez y seis (1.416) de veintinueve (29) de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete

(1947) el inmueble especificado en la letra e).

"Después del fallecimiento de Manuel de la Rosa, Pastora de la Rosa de Hidalgo, en su condición de heredera de aquél, procuró diligencias preventivas encaminadas a la conservación de los bienes relictos; y entre otras providencias se decretó el embargo de los bienes anteriormente enumerados como pertenecientes a la sucesión del señor de la Rosa".

El fallador continúa exponiendo los antecedentes de este negocio así: "Doña Pastora de la Rosa de Hidalgo, por conducto de apoderado, por escrito de 27 de enero de 1948 demandó a Manuel Chaves Ruiz, Ramona Valenzuela de Gordillo, Enrique Moncayo, y Pbrs. Marco Tulio Dorado y Manuel Agreda, en su condición los últimos de Párrocos de San Sebastián y Capellán de la Merced. Corrigió y adicionó la demanda, por escrito de 16 de febrero del mismo año. Por la adición, entraron como demandados, además, Margarita Moncayo de de la Rosa, Raquel Moncayo de Jácome y doctor Neftalí Moncayo. El 20 de mayo de 1949 (cuaderno 1º, folio 105) desistió el demandante de la demanda contra los Padres Dorado y Agreda. En cambio por auto de 6 de octubre de 1949 (cuaderno 5º, folio 6) se decretó la acumulación a este juicio del ordinario propuesto por la misma demandante contra los mismos Pbrs., como representantes de las ya nombradas entidades. Y por auto del 14 de marzo de 1950 (cuaderno 6, folio 2) se decretó otra acumulación y fue la del ordinario de la misma demandante contra Rosaura de la Rosa Gutiérrez.

"De la acumulación de acciones y autos, resultan las siguientes peticiones expresas:

"A) Que es ineficaz por simulación absoluta el contrato de compraventa de bienes raíces que aparece celebrado entre los esposos Manuel de la Rosa y Margarita Moncayo con el señor Manuel Chaves Ruiz, y que se contiene en la escritura pública número 589 de 6 de junio de 1947, otorgada ante el Notario titular número 1º de este Circuito.

"B) Que además de no existir tradición legal ni jurídica, por no ser o haber sido el señor Manuel Chaves Ruiz el verdadero dueño de los inmuebles de que trata la escritura pública número 589 de 6 de junio de 1947, son absolutamente nulos por objeto y causa ilícitos o por uno cualquiera de estos vicios, los contratos que a continuación se enumeran:

"a) El contrato de compraventa de bienes raíces celebrado entre los señores Manuel Chaves Ruiz y Ramona Valenzuela de Gordillo, contenido en la escritura pública número 1.428 de diciembre de 1947, otorgada ante el Notario titular número 1º del Circuito de Pasto.

"b) El contrato de compraventa de bienes raíces celebrado entre el mismo señor Chaves Ruiz con el señor Enrique Moncayo, contenido en la escritura pública número 1.431 de diciembre de 1947 otorgada ante el mismo Titular número 1º de este Circuito.

"c) El contrato de compraventa de bienes raíces celebrado entre Manuel Chaves Ruiz y Margarita Moncayo de de la Rosa y contenido en la escritura número 1.422 de 29 de diciembre de 1947, otorgado ante el mismo Notario.

"d) El contrato de compraventa de bienes raíces celebrado entre Margarita Moncayo v. de de la Rosa y Raquel Moncayo de Jácome y doctor Neftalí Moncayo, contenido en la escritura pública número 69 de 20 de enero de 1948, otorgada ante el mismo Notario.

"e) Que pertenecen a la sucesión ilíquida del que fue Manuel de la Rosa, representada por sus herederos, o en su defecto a la sociedad conyugal disuelta y actualmente en liquidación formada por Manuel de la Rosa y Margarita Moncayo, todos los inmuebles a que se refieren los contratos y escrituras que se dejan anteriormente enumerados.

"f) Que se ordene cancelar el registro de todas y cada una de las escrituras que se dejan mencionadas en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Circuito de Pasto.

"g) Que Manuel Chaves Ruiz está obligado a indemnizar los perjuicios ocasionados a la sucesión ilíquida de que se trata, perjuicios que se concretan a todos los gastos que ocasione la recuperación de los bienes por él enajenados y que se establezcan en juicio, prescindiendo del precio de los mismos.

"h) Que los poseedores inscritos de los bienes denunciados están obligados a restituírlos a la sucesión ilíquida de Manuel de la Rosa o a la sociedad conyugal de éste y Margarita Moncayo con sus frutos civiles y naturales a partir de la fecha de la notificación de la demanda.

"i) Que los demandados sean condenados en costas en caso de oposición temeraria.

"j) Como subsidiario de lo anterior, se declare que es nulo con nulidad absoluta, por causa de error sobre la especie del contrato celebrado, o lo que es lo mismo por error en el título de la tradición efectuada, el contrato de compraventa

contenido en la escritura pública número 589 de 6 de junio de 1947, otorgado en la Notaría 1ª.

"k) Que asimismo se declare que son ineficaces por simulación los contratos de compraventa que se dejan enumerados en la petición B.

"l) Que es nulo, con nulidad absoluta o relativa, por objeto y causa ilícitos o por falta de objeto o de causa, el contrato de compraventa celebrado entre Manuel Chaves Ruiz y los Pbrs. Marco Tulio Dorado y Manuel Agreda, en representación de la Parroquia de San Sebastián y del Santuario de La Merced, de esta ciudad, respectivamente, y contenida en la escritura pública número 1.430 de 30 de diciembre de 1947, otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito.

"ll) Que en subsidio de lo anterior se declare que es simulado el contrato antes referido, y que por no ser ni haber sido el señor Chaves Ruiz el verdadero dueño del inmueble vendido, ni la Curia Diocesana ni la Parroquia de San Sebastián de esta ciudad, ha adquirido por tradición el dominio de dicho inmueble.

"m) Que el referido inmueble pertenece a la sucesión intestada e ilíquida de Manuel de la Rosa o en su defecto a la sociedad conyugal disuelta y que fue formada por los esposos Manuel de la Rosa y Margarita Moncayo.

"n) Que las entidades demandadas están en la obligación de restituir, a la ejecutoria de la sentencia, el inmueble juntamente con sus frutos civiles desde la fecha del contrato de compraventa a la sucesión o a la sociedad conyugal dichas.

"ñ) Que se ordene cancelar el registro de la citada escritura y se condene en costas en caso de oposición.

"o) Que es nulo con nulidad absoluta o relativa, por objeto y causa ilícitos, o por falta de objeto y de causa el contrato de compraventa celebrado entre Manuel Chaves Ruiz y Rosaura de la Rosa de Gutiérrez, contenido en la escritura pública Nº 1.416 de 29 de diciembre de 1947; otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito.

"p) Que en subsidio de lo anterior, se declare que es simulado el contrato de compraventa antes referido, y que por no ser ni haber sido el señor Manuel Chaves Ruiz el dueño verdadero del inmueble, la presunta compradora, no ha adquirido por tradición el dominio.

"q) Que el inmueble pertenece a la sucesión intestada de Manuel de la Rosa o en su defecto a la sociedad conyugal de Manuel de la Rosa y Margarita Moncayo.

"r) Que la demandada debe restituírlo a la sucesión o a la sociedad conyugal a la ejecutoria de la sentencia, juntamente con sus frutos civiles.

"rr) Que se ordene la cancelación del registro y se condene en costas en caso de oposición".

La sentencia

El Juzgado a **quo** pronunció el fallo respectivo "declarando comprobada la excepción perentoria de carencia de acción de simulación en la persona de la demandante y absolviendo, en consecuencia, a los demandados". Por apelación, esta providencia fue revisada por el Tribunal Superior de Pasto, entidad que profirió la sentencia objeto de la casación, confirmando la del inferior, pero rechazando su fundamentación y llegando a la absolución de los demandados sobre la base del estudio de fondo del negocio.

Son apartes de ese fallo los siguientes: "Pero en el hecho segundo de la demanda principal, dice la propia demandante por intermedio de su apoderado, que frente al contrato ostensible existió 'la condición de que si moría pronto dicho señor de la Rosa, Chaves Ruiz entregaría tales bienes a la sucesión y en caso contrario haría una contraescritura a favor de los presuntos vendedores devolviéndoles los bienes'. Véase además el alegato de fs. 20, cuaderno 10. Tal condición configura la contraestipulación, mediante la cual, el comprador presunto es en verdad un mandatario sin representación con la instrucción de transferir los bienes a los causahabientes de los vendedores o a ellos mismos, caso de no producirse en breve término la muerte de uno de los mandatarios. Esta contraestipulación convierte la simulación en relativa. Rocha cita la siguiente doctrina de la Corte en la obra mencionada:

"Disfrazar de compraventa una donación, fingir aquélla a una persona como testaferro para que transfiera con verdad y con firmeza a otra, o fingirla tan sólo para que el comprador, provisto de esta calidad e investido de ella ante terceros, venda más tarde para el verdadero dueño, ejercitando así en rigor de verdad un mandato sin representación, son ejemplos de lo que frecuentemente conduce a esta simulación parcial o relativa que, en su caso, dá ocasión al antedicho litigio sobre prevalencia".

"Interpretada la demanda en el sentido de la simulación relativa, tenemos, por cuanto a la prueba, que la jurisprudencia ha hecho distinción entre los contratantes y los terceros "cuando el acto ostensible no se celebró por escrito, los he-

rederos del que lo celebró, así como éste mismo, pueden comprobar pará demostrar el acto oculto que altera el ostensible, por todos los medios de prueba, tal como lo hubiera podido el causante si viviera. Pero, cuando la acción de simulación en los mismos casos en que su causante lo hubiera podido y querido ejercitar es decir, para ejercer la acción heredada, están obligados como éste a dar la prueba del acto oculto por escrito, o por un principio de prueba por escrito, o por la confesión de la otra parte; el principio de prueba por escrito se puede completar por testigos, indicios y todo medio probatorio".

"Caso distinto es que los herederos quieran probar un fraude de sus derechos de herencia, o mejor dicho, que el acto aparente se celebró en fraude de esos sus propios derechos de herencia, porque entonces ya no se ejercita la acción derivada de su causante, sino otra en nombre propio, tal como la de menoscabo de sus legítimas; entonces los herederos o el heredero vienen a ser un tercero respecto del causante y del otro contratante, quien defraudó su propio patrimonio heredado o que tenían derecho de heredar, en la misma forma que son terceros respecto de los mismos actos los acreedores personales del contratante que aparentemente disminuye el patrimonio con una enajenación ficticia que lo sustrae a la prenda común de todos los acreedores. La prueba que entonces los herederos defraudados pueden usar para demostrar la existencia del acto oculto, ya no se limita solamente a la contraprueba escrita (la del pacto privado), ni a la complementada en este caso por todo otro medio probatorio; entonces pueden acudir también a la prueba indicial, y es lo más corriente, testigos, presunciones, etc.' (G. J. LXIX, 516)".

"Como ya se anotó Pastora de la Rosa acciona como continuadora de la persona del causante, no en defensa de legítima rigurosa, ni de acreencia alguna que hubiere podido lesionar el acto de enajenación del causante. Luego la prueba que debe presentar para demostrar el acto oculto es la del escrito que contega la contraestipulación o el contrato privado; o la confesión de Manuel Chaves; o un principio de prueba por escrito proveniente de éste y prueba complementaria".

Después de analizar el fallador la prueba tendiente a demostrar la existencia del pacto oculto dice: "pero resulta que las modalidades del pacto oculto no se han demostrado en forma concreta. La parte demandante estaba en la obligación de demostrar el pacto privado, la contraestipulación, de modo que produzca un efecto determinado, en forma tal que pueda declararse su prevalencia. Pero como en el caso se ha pedido para la sucesión o para la sociedad conyugal de la Rosa-Moncayo, y que se declare que los bienes pertenecen a la sucesión, y a ella debe restituírselos, tal resultado no puede conseguirse con el ejercicio de la acción de simulación relativa, sin pedir la nulidad o inoperancia del pacto oculto". Más adelante cita la siguiente jurisprudencia de la Corte: "Para que sea posible declarar la simulación relativa, es indispensable demostrar la existencia del contrato secreto o verdadero o formular la solicitud para que así se reconozca en el fallo. Además, si el actor quiere destruir los efectos jurídicos del acto secreto —la transferencia del dominio en la donación simulada, por ejemplo— es necesario que pida expresamente la declaración de nulidad, o rescisión o invalidez del contrato secreto y real, pues de la simple alegación de su existencia, no puede deducir el fallador una condena en tal sentido. (G. J. LXXIII)".

La demanda de casación

El apoderado de la señora Pastora de la Rosa de Hidalgo, luégo de hacer un detenido historial de los antecedentes del juicio formula dos cargos contra la sentencia fundados sobre la causal primera señalada por el artículo 520 del C. J., así:

"**Primer cargo.**—Infracción directa. Este cargo consiste en haber dejado de aplicar la Ley y la doctrina jurisprudencial expedida por la Corte Suprema en numerosos fallos sobre simulación absoluta, al caso controvertido, sin embargo de haberse demostrado con prueba superabundante que corre en autos, que se trata de una venta ficticia contenida en la escritura pública número 589 de 6 de junio de 1947, celebrada entre los esposos Manuel de la Rosa y Margarita Moncayo, y Manuel Chaves Ruiz, y haberse demostrado la mala fe de los terceros adquirentes de los bienes de aquellos esposos y en cuanto declaró válido un supuesto acto secreto de mandato para traspasar a terceros, dado por Manuel de la Rosa a Manuel Chaves Ruiz, con base también en un supuesto albaceazgo fiduciario de mandas secretas, que no se ha pedido ni alegado, ni menos se halla demostrado en el expediente".

Para pretender sostener el cargo, el recurrente hace una prolija enumeración de los diversos elementos probatorios allegados al juicio; afirma que los terceros adquirentes obraron de mala fe; niega que hubiera existido entre de la Rosa y

Manuel Chaves Ruiz pacto secreto alguno y dice: "nadie ha pedido que se declare la validez de acto jurídico alguno frente al pacto ostensible; nadie tampoco ha alegado o sostenido la existencia de acto jurídico alguno oculto ni menos de traspaso de bienes a terceras personas. Se ha sostenido y pedido todo lo contrario de lo que dice la sentencia, esto es: que no hay ningún acto oculto serio de transferencia de bienes ni para el simulante comprador Chaves Ruiz, ni para otros y que el contrato contenido en la escritura 589 de 6 de junio de 1947 es ineficaz o mejor inexistente, porque se trata simplemente de una **venta ficticia,** pues no hubo intención de vender ni de comprar, de recibir ni de pagar precio alguno lo cual se hizo constar en el papel nada más lo que equivale a decir que no hubo en ese contrato ni objeto ni consentimiento". Para concluir este cargo expresa lo que sigue: "Se dejó de aplicar la ley sustantiva consignada en los artículos 1766, 1501, 1502, 1517, 1524, 740, 768, 1740, 1849, 1871, 1746 del C. C., artículos 91 y 93 de la ley 153 de 1887, en relación con la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema sobre simulación. Se dejó de aplicar toda la ley procedimental sobre prueba, consignada en los artículos 593 y siguientes del Título XVII, capítulos 1º al 9º del C. J., y además violó los artículos 1368, 1369, 1370, 1371, 1372 del C. C., en cuanto dio valor a un presunto y no demostrado pacto oculto basado en mandas secretas inexistentes".

Se considera:

No es exacta la afirmación del recurrente en cuanto se refiere a que el fallador declaró válido un supuesto acto secreto de mandato; precisamente en alguna parte de las motivaciones del fallo el sentenciador dijo: "No puede prosperar la acción de simulación relativa, tácitamente contenida en la demanda por no haberse demostrado que el contrato oculto que debiera prevalecer contiene la obligación de traspasar los bienes de la sucesión de Manuel de la Rosa o a la sociedad conyugal de éste y Margarita Moncayo".

El cargo tal como aparece formulado falta a elementales principios que regulan la técnica de la casación. Se confunden los casos a través del numeral primero del artículo 520 que son diferentes e inconfundibles y que el recurrente en obedecimiento del artículo 531 del C. J., debe determinar "en forma clara y precisa". El cargo que se inicia como "infracción directa por haber dejado de aplicar la ley y la doctrina jurisprudencial al caso controvertido" se desplaza sobre la enumeración de los diversos elementos probatorios allegados al juicio, para concluir no solamente en la violación o infracción directa de la ley, sino en la invocación de todos los capítulos del procedimiento que regulan el régimen probatorio para declarar que también se han violado estos preceptos, lo que hace presumir que el recurrente quiso fundamentar el cargo en forma indirecta pero sin precisar los errores de derecho o de hecho en que hubiere incurrido el fallador en la apreciación de la prueba, ni indicar como es de rigor, qué disposiciones individualizadas fueron violadas al desconocer hechos probados, darles un valor distinto del señalado por la ley o hacer aparecer como existentes hechos no demostrados.

Es copiosa la doctrina de la Corte en cuanto se refiere a la improcedencia de los cargos formulados en casación cuando ellos no se ajustan a la técnica que gobierna el recurso. Por vía de ejemplo se citan algunas de ellas: "Es deber del demandante en casación explicar y demostrar en qué consiste la violación de los textos legales que señala, sin que sea suficiente citarlos y comentarlos en abstracto. En todo cargo que por violación directa se formule, debe aparecer el error en que incurrió el Tribunal al desconocer las normas legales sustantivas que se indiquen. Para establecer la contradicción entre la sentencia y las respectivas normas, es preciso fijar el sentido y alcance de éstas y las razones que hacían obligatoria su aplicación". (Casación Civil, mayo 4 de 1953).

"No basta, para fundar el recurso de casación la cita global de capítulos o títulos de códigos, que se dicen violados en conjunto por la sentencia objeto del recurso. Se hace necesario señalar una a una las disposiciones que se consideran infringidas, explicar y demostrar en qué concepto lo fueron, bien en forma directa, por aplicación indebida, por no haberse aplicado o haber interpretado erróneamente, o en forma indirecta, por error de hecho o de derecho en la apreciación de determinada prueba". (Casación civil, junio 9 de 1953).

"Según la técnica de casación, los cargos deben formularse en términos concretos y especificados, de suerte que, apoyados en la causal 1ª del artículo 520, se pueda claramente conocer cuáles demuestran infracción de la ley sustantiva por violación directa, aplicación indebida o interpretación errónea de su texto, y cuáles conducen a su quebrantamiento por la vía indirecta de la errónea apreciación —de derecho o de he-

cho— en las pruebas aducidas. La casación no es una tercera instancia, en la que al juzgador le sea dable descubrir el derecho a través de sus propias y directas interpretaciones; dentro de ella, corresponde al recurrente determinar exactamente la vía por la cual estima que la sentencia es violatoria de la ley sustantiva, para por este medio llegar a la infirmación correspondiente". (Casación civil, julio 14 de 1953).

En consecuencia se rechaza el cargo.

Cargo segundo.—Bajo el título de "interpretación errónea", el recurrente divide este ataque en seis numerales.

1º—"Concepto erróneo de la doctrina de la simulación y de la ley que la rige".

Para sustentar este cargo el recurrente hace una exposición doctrinaria con la cual, en síntesis, pretende demostrar que el Tribunal se equivocó al interpretar doctrinas de la Corte sobre simulación y que ese concepto erróneo lo llevó a dar por sentado que en el caso de autos se trata de una simulación relativa. En uno de sus apartes, dice el recurrente: "En el caso de autos, se ha sostenido que la compraventa contenida en la escritura número 589 de 6 de junio de 1947, es ficticia, que las partes no quisieron celebrar ningún contrato serio tampoco y se pide que se declare que tal contrato es absolutamente simulado. Al establecer la condición de que 'si no morían los vendedores antes de seis meses, Chaves Ruiz, el simulante comprador, les devolvería los bienes mediante una contraescritura, o en caso de muerte los entregaría o devolvería a sus herederos', no se ha querido significar que se le daba a Chaves Ruiz mandato alguno de transferencia de los bienes para terceros, ni que se le donaban a él, sino simplemente que la venta no era real, que no había intención de comprar ni de vender, ni precio. Los términos de esta condición son la contraestipulación que destruye totalmente los efectos del acto ostensible o público, estando por tanto dicho acto atacado de simulación absoluta".

El fallador de instancia luégo de verificar el estudio respectivo para no aceptar que en el caso **sub judice** se trate de una simulación absoluta hizo en la parte motiva de la sentencia la exposición atrás inserta respaldada en jurisprudencia de la Corte que fue transcrita.

Fundado el cargo genéricamente sobre la causal primera del artículo 520 del C. J., que dice: "...ser sentencia violatoria de ley sustantiva...", no se comprende cómo el recurrente ataque la sentencia porque, a su juicio, el Tribunal aplicó erróneamente la doctrina sobre simulación. La jurisprudencia de la Corte no es la ley sustantiva que por errónea interpretación pueda ser causal de casación. Y es suficientemente claro al respecto el contenido del artículo 4º de la ley 169 de 1896 cuando literalmente reza: "Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituye doctrina probable y los Jueces **podrán** aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores".

"Una sentencia de casación no establece vínculo jurídico sino entre las partes y sólo para ellas tiene fuerza de ley o para quienes por disposición legal aproveche o perjudique. De esto resulta que una sentencia no puede ser acusada por el único concepto de ser violatoria de un fallo de la Corte, porque si ésta es ley para las partes no lo es ni puede serlo para los demás... no puede alegarse como causal de casación el hecho de que el fallo de un Tribunal Superior sea contrario o viole una sentencia de la Corte Suprema cuando quien alega tal motivo no fue parte en el juicio que terminó con el fallo de la Corte, porque las sentencias sólo perjudican y aprovechan a quienes han sido partes en el juicio, y además porque la ley se aplica al caso especial del pleito y no por vía general para los pleitos futuros". (Casación, 1º de junio de 1936).

No prospera el cargo.

Punto segundo. — Interpretación errónea de la demanda en relación con la naturaleza jurídica de la acción incoada. Este error dice el demandante en casación, consiste en haber interpretado mal una demanda cuya claridad meridiana tanto en sus súplicas, como en los hechos y el derecho invocado no admite interpretación. Se ha alterado en la sentencia la acción de simulación absoluta en el contrato de compraventa contenido en la escritura 569, interpretándola como acción de prevalencia, para deducir conclusiones absurdas y de paso dar por establecido y demostrado lo que no se ha pedido ni alegado en la demanda, ni aparece demostrado en el proceso.

Error evidente de hecho en la interpretación de la demanda, afirma el recurrente: "Lo anteriormente expuesto en cuanto al error de derecho en relación con la naturaleza jurídica de la acción deducida en juicio entraña a la vez un error evidente de hecho en la interpretación de la demanda, dado que sin mayor esfuerzo y con sólo leer la sentencia en relación con la deman-

da se echa de ver que se estimó como solicitado lo que no se había pedido y se dio por demostrado lo que no aparece comprobado de autos, por lo cual se violaron las disposiciones legales que se dejan expuestas".

El error de derecho en la interpretación de la demanda lo pretende fundamentar el actor manifestando: "Efectivamente en el libelo inicial de 27 de enero de 1948 y en la reforma y adición de la demanda, de 16 de febrero del mismo año, se pide de manera inconfundible la declaración de que es **nulo por simulación** y que mejor, es ineficaz por simulación absoluta, el contrato de compraventa, de que habla la escritura número 589 celebrado entre los esposos Manuel de la Rosa y Margarita Moncayo, con Manuel Chaves Ruiz. Los hechos de la demanda no mentan en parte alguna la simulación relativa, ni hacen alusión a que hubiera otro contrato verdadero y real distinto de lo ostensible que hubiera de hacerse prevalecer, sino que todo se encamina a demostrar que la compraventa fue ficticia. El derecho invocado igualmente se refiere de modo inequívoco a la simulación absoluta y en manera alguna se menta disposición que trate de nulidad o simulación relativa. Luego esta demanda así planteada, no admite interpretación ya que se interpreta lo que a simple vista no aparece claro, lo que es obscuro o equívoco, mas no se interpreta lo que no presenta estos caracteres. Sin embargo, la sentencia, después de confundir el término contraestipulación con contrato oculto, y de decir que 'al establecerse la condición de devolver los bienes a los vendedores, si éstos morían dentro de un plazo de seis meses o en caso contrario de entregarlos a sus herederos, se ha configurado un mandato sin representación, pero cuyos elementos no aparecen definidos, dice que por esta causa lo que se ejercita es la acción de prevalencia que conlleva la simulación relativa". Y más adelante expone: "La solución es muy clara: como la compraventa de la escritura 589 es ficticia, los términos de la contraestipulación jamás pueden revelar la existencia de otro contrato real que hubieran tenido en mira celebrar los contratantes. De ahí el que no pudieran determinarse las modalidades del supuesto 'mandato sin representación' de que habla la sentencia, a pesar de los esfuerzos del Tribunal para que eso aparezca".

La Corte considera que los cargos a que se refiere este punto carecen de fundamento jurídico. El fallador no ha cambiado la naturaleza jurídica de la acción instaurada que, falta a la técnica cuando se impetra la declaratoria de "Nulidad por simulación y por error en el título" como lo dice la demanda.

Aceptada la acción de inexistencia del contrato recogido en la escritura 589 por simulación, el fallador en consonancia con los hechos 2º, 3º y 5º del libelo estimó que se trataba de una simulación relativa, Y en esa estimación que cabe dentro de la órbita de apreciación del fallador, no encuentra la Corte los errores de hecho o de derecho a que se alude en el cargo. Error de hecho que en consonancia con la ley debiera aparecer en forma manifiesta, es decir, sin lugar a dudas, que se ofrezca a la inteligencia en forma incontrovertible. Por otra parte, no es propio hablar de error de derecho en la interpretación de la demanda; lo jurídico es la alegación de error de hecho que conduzca a la violación de la ley sustantiva en forma indirecta.

Los hechos aludidos y cuya fuerza probatoria equivale a una confesión como que emanan del propio actor, dicen:

"**Segundo.**—Por razón de peligro inminente de muerte, sin tener intención de enajenar ni de adquirir, respectivamente, el señor Manuel de la Rosa juntamente con su esposa ya anciana señora Margarita Moncayo, otorgó a favor del señor Manuel Chaves Ruiz, con carácter de confianza, la escritura pública número 589 de 6 de junio de 1947, pasada ante el Notario número 1º de este Circuito, conteniendo un contrato ficticio de compraventa de los inmuebles que allí se detallan, con la condición de que si moría pronto dicho señor de la Rosa, Chaves Ruiz entregaría tales bienes a la sucesión y en caso contrario haría una contraescritura a favor de los presuntos vendedores, devolviendo los bienes;"

"**Tercero.**—Por razón de la extremada confianza y amistad íntima que mediaba entre los esposos de la Rosa-Moncayo con el señor Manuel Chaves Ruiz, prescindieron de consignar los términos por escrito de la contraestipulación secreta, dejando todo encargado a la buena fe y sinceridad del fingido comprador;"

"**Quinto.**—Antes de morir, el señor de la Rosa hizo saber a varias personas que en caso de muerte dejaba sus bienes en poder del señor Manuel Chaves Ruiz en calidad de depósito, para que los devolviera o entregara a sus herederos agregando que no había recibido ni un tan solo centavo de manos de Chaves Ruiz como precio de compra-

venta, pero que confiaba en que este señor cumpliría lo prometido por ser persona muy honorable".

La sentencia acusada estima que estos hechos configuran la simulación relativa en cuanto el comprador aparente, según el libelo, quedó con el encargo secreto de traspasar los bienes adquiridos simuladamente a los herederos del vendedor en el evento de su pronta defunción o de restituírlos en el caso de que ésta no se realizara dentro de dicho lapso. Cumplida la condición, muerte de de la Rosa, Chaves debía pasar los bienes a los herederos de aquél y esto no podría realizarse sino de acuerdo con los medios legales aptos para la transmisión de inmuebles.

Ferrara, tan citado por el recurrente, dice en su tratado sobre simulación que: "es negocio absolutamente nulo el que existiendo en apariencia, carece en absoluto de un contenido serio y real. Las partes no quieren el acto, sino tan sólo la ilusión exterior que el mismo produce. El negocio se limita a una forma vacía destinada a engañar al público; a un fantasma...": y al explicar este autor qué debe entenderse por simulación absoluta, agrupa en dos categorías principales los casos que singularizan esa simulación; negocios que tienden a una disminución del patrimonio y negocios que implican un aumento del pasivo, todo con el fin de hacer aparecer una insolvencia que anule la garantía de bienes del simulador contratante. El caso de autos no campea dentro de esas categorías. El comprador aparente quedó investido de la titularidad de los derechos de su vendedor, titularidad indispensable para poder cumplir el mandato sin representación a que alude la sentencia que, sobre la base de los hechos insertos, estima que se trata de una simulación relativa, y, de consiguiente, el actor ha debido demostrar en la forma legal competente el convenio secreto, por una parte y pedir en las súplicas de la demanda ya la prevalencia de ese pacto, ora su nulidad si él no reunía las condiciones esenciales para su validez. Ante estas omisiones que afectan esencialmente la viabilidad de la acción simulatoria el fallo absolutorio era una lógica consecuencia de esas omisiones que hoy se pretenden corregir en largas argumentaciones para desvirtuar lo claramente expuesto en la demanda. No se concibe, como lo pretende el recurrente en alguno de los apartes transcritos antes, que la condición de que al morir de la Rosa el comprador aparente entregara o transmitiera esos bienes a los herederos de aquél, no conllevara un mandato, porque sin admitir la existencia de ésta no podría hacerse la transferencia de bienes sin representación del vendedor aparente y bajo el propio nombre del comprador. Y esto es tan evidente que el mismo actor se encarga de manifestar que "por razón de la extremada confianza y amistad íntima que mediaba entre los esposos de la Rosa-Moncayo con el señor Manuel Chaves Ruiz, prescindieron de consignar los términos por escrito de la contraestipulación secreta dejando todo encargado a la buena fe y sinceridad del fingido comprador".

"Disfrazar de compraventa una donación, fingir aquélla a una persona como testaferro para que transfiera con verdad y firmeza a otra, o fingirla tan sólo para que el comprador provisto de esta calidad e investido de ella ante terceros, venda más tarde para el verdadero dueño, ejercitando así en rigor de verdad un mandato sin representación, son ejemplos de lo que frecuentemente conduce a esta simulación parcial o relativa que en su caso, dá ocasión al antedicho litigio sobre prevalencia". (Casación, 15 de diciembre 1944).

No hay duda, pues, el escrito de demanda por la forma explícita en que fueron presentados los hechos, daba suficiente razón al fallador para hacer la interpretación del libelo en la forma que reza la sentencia, interpretación que no puede ser desconocida en casación porque son razonables los fundamentos que la inspiraron.

Consecuencialmente se rechaza el cargo.

Punto tercero.—"Error evidente de hecho en la apreciación de la prueba total del juicio". Bajo este título el recurrente parece olvidar que la Corte en Casación no es un Tribunal de instancia y que. como tantas veces se ha dicho, su misión no consiste en realizar un nuevo balance de la prueba producida en instancias. Todo lo expuesto en este punto se reduce a pretender demostrar la existencia en el proceso de una simulación absoluta, cuando es lo cierto que esa misma prueba sirve para sostener la tesis expuesta por el fallador en la interpretación de la demanda; así dice el recurrente después de enumerar algunos testimonios: "todos estos declarantes afirman haber oído a Manuel de la Rosa antes de morir referirles que la escritura número 589 de 6 de junio de 1947, otorgada por él y su esposa a favor de Manuel Chaves Ruiz, no era sino de simple confianza, esto es, que no había tenido voluntad en venderle sus bienes, ni tampoco había

recibido dinero alguno por concepto de dicha venta del citado Chaves Ruiz, que lo había hecho por temor de morir de un momento a otro, y de que sus bienes quedaran en el aire; que había hecho eso para evitarse el pago de fuertes derechos fiscales otorgando testamento, y por causa de la absoluta confianza que le inspiraba dicho individuo".

Este resumen hecho por el recurrente trata de cuestiones ni siquiera insinuadas en la demanda y que por tal razón no podían ser tenidas en cuenta en los fallos de instancia, como es aquella de que el contrato simulado tenía por objeto eludir las tributaciones fiscales; ello bien hubiera podido legitimar la solicitud de declaratoria de nulidad del pacto secreto por ilicitud de su objeto.

Al finalizar el fundamento del cargo el recurrente dice que "en consecuencia, se ha dejado de aplicar la ley que regula la prueba de la confesión, testigos, instrumentos públicos y privados, presunciones y peritos, contenida en los artículos 593 a 733 del C. J.", violando por incidencia los numerosos artículos del Código Civil allí citados. Claramente se comprende la falta de técnica en la exposición del cargo, pues en múltiples jurisprudencias la Corte ha dicho en qué consiste el error de hecho y cómo deben precisarse, individualizarse para que puedan ser objeto de estudio en casación.

Punto tercero.—Error de derecho en la apreciación de la prueba total del juicio. En este cargo insiste nuevamente el recurrente en sostener que el fallador se equivocó en la interpretación de la demanda y en forma genérica, sin precisar el cargo, declara que el Tribunal "infringió todas las disposiciones legales sobre pruebas contenidas en el Título XVII, Capítulos 1º a 9º, artículos 593 y ss. del C. J.", y que en consecuencia violó también por falta de aplicación los numerosos preceptos que cita.

A este cargo pueden hacérsele los mismos reparos que al anterior, y el recurrente se limita a glosar algunos apartes doctrinarios de la sentencia pero que no desvirtúan la apreciación fundamental hecha por el fallador. Este fallo se alargaría demasiado si se entrara a puntualizar detalladamente cómo el recurrente en estos puntos terceros, so pretexto de errores de hecho y de derecho mal presentados ha querido llevar a la Corte a revisar todo el arsenal probatorio como si con ello se consiguiera desvirtuar la interpretación que el fallador ha hecho de la demanda, cuando tal situación del fallo la Corte la encuentra jurídicamente aceptable.

Se rechaza el cargo.

Punto cuarto.—"Error de derecho respecto de la acción subsidiaria de nulidad absoluta". — En este cargo el recurrente glosa algunos apartes de la sentencia recurrida en cuanto a la interpretación que le dá el fallador al artículo 1510 del C. C., que se refiere a errores de hecho como vicios del consentimiento. El recurrente pretende fundamentar el cargo haciendo una disquisición **sobre los errores de hecho** en cuanto unos hacen inexistente el contrato y otros lo invalidan, conceptos que estudia Josserand en su tratado sobre los móviles en los actos jurídicos de derecho privado (págs. 45 y ss.).

El cargo se refiere a errores de derecho que son distintos a los de hecho a que alude el recurrente en su fundamentación, por este solo aspecto el cargo debiera rechazarse. Pero conviene hacer una anotación marginal. En diversos apartes de la demanda de casación el recurrente ha estampado conceptos muy juiciosos y que la doctrina de la Corte acepta en numerosos fallos sobre la diferencia específica entre la acción simulatoria y la acción de nulidad. En la primera se trata de conseguir la declaración de inexistencia de un pacto aparente para que salte a la vida jurídica el que efectiva y realmente acordaron las partes en forma secreta. En la segunda se busca la invalidación de un acto jurídico real, el que por falta de determinados presupuestos de fondo o de forma no puede subsistir. Estos caracteres específicos demuestran la incompatibilidad de las dos acciones fundadas en proposiciones no solamente contrarias sino contradictorias. La doctrina registra numerosas jurisprudencias sobre el particular. Basta para el caso citar la contenida en el fallo del 9 de febrero de 1944.

Quinto punto del cargo.—"Error de hecho y de derecho en la apreciación de las demandas y de la prueba, respecto de los terceros adquirentes demandados". Respecto a este cargo la Corte considera: aparte de los fundamentos que tiene la sentencia para rechazar los pedimentos hechos en las demandas a que el cargo se refiere existe otro incuestionable: si no prospera la acción de inexistencia por simulación del contrato principal recogido en la escritura 589, el actor en el juicio carece de interés jurídico para que pueda

accionar en relación con terceros, porque respecto a éstos su interés depende del éxito que pudiera tener en la prosperidad de la acción principal referida.

Se rechaza el cargo.

Punto sexto.—"Error evidente de hecho en la apreciación del testimonio de Alonso Estrella y de la confesión de Manuel Chaves Ruiz". En este aparte del cargo el recurrente critica la apreciación del Tribunal en relación con estas pruebas para llegar a la conclusión nuevamente de que la acción agitada fue la de simulación absoluta.

Se trata simplemente de una diferencia de apreciación sobre la prueba que no puede constituir el error de hecho a que alude el cargo. Sobre las características de este error para que pueda prosperar en casación es numerosa la doctrina de los expositores y de la Corte. La mera divergencia conceptual entre el fallador y el recurrente sobre los medios probatorios no generan por sí sola el error de hecho. Por lo demás, en el caso presente antes que a la prueba a que alude el cargo el sentenciador tuvo de presente los propios hechos anotados en la demanda como se ha visto atrás. Sería alargar esta providencia si se insertaran fallos de la Corte en que se han estudiado y definido casos análogos al contemplado en este juicio, considerados como planteamiento de simulaciones relativas. Por vía de ejemplo puede citarse el fechado el 28 de marzo de 1939.

Se rechaza el cargo.

No es de recibo en casación presentar pruebas, como lo hizo el recurrente, allegando copias de escrituras públicas en el acto de la audiencia.

En mérito de lo dicho la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Pasto fechada el diez y nueve (19) de septiembre de mil novecientos cincuenta y tres (1953).

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Ignacio Gómez Posse — Agustín Gómez Prada. Luis Felipe Latorre U. — Alberto Zuleta Angel. Ernesto Melendro Lugo. Srio.



TECNICA DE CASACION. — ATRIBUCIONES NATURALES DEL JUZGADOR DE INSTANCIA PARA FORMAR SU CONVICCION SOBRE LA CUESTION DE HECHO. — REQUISITOS ESPECIALES DE LA PRUEBA SOBRE POSESION NOTORIA DEL ESTADO DE HIJO NATURAL. — PRUEBA DE LAS RELACIONES SEXUALES ESTABLES Y NOTORIAS. — INCUMPLIMIENTO DEL ARTICULO 656 DEL C. J. EN LA RECEPCION DE LOS TESTIMONIOS

1.—La demanda incurre en la errónea denominación del cargo formulado contra la sentencia recurrida, cuando se invoca la causal primera de casación por supuesta violación directa de la ley sustantiva y se sustenta dicho cargo en errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas. Muchas veces ha dicho la Corte que en estos casos no se debe hablar de violación DIRECTA sino INDIRECTA. Si el sentenciador ha incurrido en evidente error de hecho o en error de derecho en la estimación del material probatorio, y el error imputado incide en la sentencia acusada, la ley aparece quebrantada indirectamente como consecuencia de la errónea apreciación de las pruebas y procede alegar como motivo de casación el consagrado específicamente en el inc. 2º del num. 1º del art. 520 del C. J. Pero este equivocado bautizo del cargo no es óbice para examinar el fondo de la acusación, si el libelo señala claramente el contenido y alcance de ésta.

2.—En casación no cabe revisar el juicio del sentenciador en la estimación de las probanzas sobre los hechos controvertidos por las partes. No es la casación un tercera instancia. Sólo por un evidente y ostensible error de hecho o por un error de derecho, en la apreciación de determinada prueba, que conduzca al quebrantamiento de la ley sustantiva, puede impugnarse el fallo de segunda instancia, por vía de casación. Pero esto no implica ni podría implicar sin la desnaturalización de la fisonomía del recurso, un recorte a las atribuciones naturales del juzgador de instancia para formar su convicción sobre la QUAESTIO FACTI mediante la ponderación y confrontación de los materiales que integran el haz probatorio, conformándose a las normas de la tarifa legal y a los principios de la sana crítica.

Es cierto que en las cuestiones de filiación natural, por fuerza de la propia ley y de la doctrina jurisprudencial, se exige del jugador un especial rigor en el examen y valoración de la prueba, y una actitud vigilante en su producción, ejercitando los poderes que le otorga la misma ley, a fin de que no se altere la verdad y no prosperen atentados contra la tranquilidad de las familias y se menoscaben los patrimonios herenciales por maniobras fraudulentas urdidas al amparo del estatuto sobre filiación extramatrimonial. Corresponde primordialmente a los jueces y tribunales cumplir estas normas para la cabal aplicación de la ley y efectiva administración de la justicia.

En algunos casos la Corte puede aún discrepar del juicio laxo del Tribunal en la estimación de las probanzas que como juzgador de instancia no le habrían servido para formar su plena e incontrastable convicción. Pero la Corte no puede reemplazar la discreción que le compete al sentenciador de instancia sobre la cuestión de hecho, por su propia discreción, sin exceder los límites que la ley le ha señalado como tribunal de casación.

3.—De acuerdo con los artículos 7º de la Ley 45 de 1936 y 399 del C. C., la posesión notoria del estado civil de hijo natural debe probarse por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable, todo lo cual significa que para demostrar los hechos que constituyen esa posesión no basta simplemente el dicho de dos testigos hábiles que forman plena prueba según la regla general del artículo 697 del C. J. Al juez corresponde apreciar las calidades especiales de los testigos para aceptarlos como FIDEDIGNOS y determinar si en su sentir se ha establecido la posesión de MODO IRREFRAGABLE. No pue-

de la Corte revisar en casación este juicio de lo juzgadores de instancia, a cuya sabiduría y prudente criterio deja la ley la apreciación de aquellas especiales circunstancias que en estos casos debe reunir la prueba testimonial.

4.—Refiriéndose al num. 4º del art. 4º de la Ley 45 de 1936, la Corte ha venido sosteniendo de manera reiterada que "por ministerio de la misma ley y con fundamento en los mismos principios, la estabilidad y notoriedad no pueden limitarse a las relaciones sexuales en sí mismas sino que ha de vincularse a límites temporales precisos en orden a que pueda aplicarse la presunción sobre el momento probable de la concepción; si con certeza no puede afirmarse el estado concubinatario desde o hasta cierta época, la presunción queda sin base, sin contenido y sin efectos, porque está instituída sobre un cálculo de días posteriores y anteriores a la terminación del concubinato"

5.—El recurrente sostiene que para que pueda deducirse la causal de declaración de paternidad natural con base en el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, es necesario que se demuestre que las relaciones sexuales entre los concubinos han sido EXCLUSIVAS, lo cual no es rigurosamente exacto. Es indudable que para la aplicación de dicha norma las relaciones sexuales han de ser "sucesivas, frecuentes, inequívocas, regulares y notorias", como lo ha dicho la Corte. Pero la ley no exige ni podría exigir al demandante de la filiación natural la prueba de la EXCLUSIVIDAD de tales relaciones o sea, la demostración de que la madre no ha tenido acceso carnal a hombre distinto del presunto padre durante el período respectivo. Ello implicaría pedir la demostración de una negativa indefinida. La ley concede sí al demandado como medio de defensa o excepción, el derecho de probar que dentro del período de la concepción la concubina tuvo relaciones carnales con otro hombre, caso en el cual no se hará la declaración de paternidad natural, según el último inciso del art. 4º de la Ley 45 de 1936. Es al presunto padre a quien corresponde la carga de la prueba en este caso.

6.—El incumplimiento del art. 686 del C. J. si bien es una irregularidad censurable que puede disminuir fuerza de convicción a la prueba testimonial en determinados casos, no es por sí solo motivo legal para desechar necesariamente las deposiciones y prescindir en absoluto de ellas, siendo improcedente fundar un cargo en casación por la circunstancia de que el Tribunal hubiera aceptado los testimonios así rendidos, ya que al admitir o rechazar esa prueba queda sometido al poder discrecional del juzgador

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintisiete (27) de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco (1955).

(Magistrado Ponente: Doctor Manuel Barrera Parra.)

Decide la Corte el recurso de casación formulado por la parte demandada contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario sobre filiación natural y petición de herencia, instaurado por Ana María o Flor María Agudelo o Arroyave.

I — Antecedentes:

Ana María Agudelo o Arroyave, conocida también con el nombre de Flor María, promovió juicio ordinario ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Andes contra el señor Aníbal Arroyave o Alvarez, hijo natural de Ricardo Arroyave ya finado para que se declare que ella también tiene la calidad de hija natural del mismo Ricardo y se le reconozcan sus derechos herenciales correspondientes.

La actora expuso como hechos fundamentales de su demanda los siguientes:

Que la demandante nació el 25 de febrero de 1926; que a la época de la concepción de ésta, su madre natural Luisa Agudelo, siendo soltera, sostenía de manera pública, relaciones sexuales estables con Ricardo Arroyave; que la actora poseía prueba escrita emanada de éste para acreditar la paternidad natural que le atribuye; que ella tuvo con respecto a aquél la posesión notoria del estado civil de hija natural; que Ricardo Arroyave fallecido célibe el 8 de febrero de 1946, sin dejar ascendientes, y que el demandado Aníbal Arroyave o Alvarez fue declarado por sentencia ejecutoriada, hijo natural del mismo Ricardo

Con base en estos hechos, la demanda pide se le declare hija natural de Ricardo Arroyave para todos los efectos civiles señalados por la ley y que en consecuencia se le reconozca su derecho a recibir la parte o cuota que le corresponde

dentro de los bienes de la sucesión de su padre, y "se ordene la inscripción y registro de la declaratoria de filiación natural y de acuerdo con las disposiciones legales vigentes".

En la contestación de la demanda se formuló oposición a las pretensiones de la actora y se propusieron excepciones perentorias.

El juez del conocimiento, en fallo del 9 de julio de 1954, resolvió favorablemente las súplicas de la demanda.

Inconforme el demandado, se alzó en apelación ante el Tribunal Superior, con el resultado de quedar confirmada la providencia recurrida, en sentencia del 11 de diciembre de 1954, que viene al examen de la Corte por virtud de casación sustentada por la misma parte vencida en las instancias.

III — Sentencia acusada.

El Tribunal en el fallo recurrido, después de analizar las probanzas producidas en el juicio, llega a la conclusión de que se han acreditado fehacientemente "la públicas y estables relaciones sexuales que mantuvieron Ricardo Arroyave y Luisa Agudelo, durante las cuales fue concebida y nació la demandante, y también la ostensible posesión del estado civil de hija natural de ésta con respecto a su padre".

El sentenciador, pues, halla demostradas las causales para declarar la paternidad natural consagradas en los números 4º y 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

Dice el sentenciador:

"La muy abundante y convincente prueba testimonial aducida por la parte actora, se puede clasificar en dos grupos, a saber:

"Primero.—El de los testigos sin parentesco con Ricardo Arroyave y que no han sido objeto de tacha alguna.

Este grupo lo constituye, principalmente, Lázaro Ríos Cardona, Ramón Quintero Acosta, Camilo Franco Vásquez y Francisco Saldarriaga Garcés. Estos declarantes afirman: que por mucho tiempo fueron vecinos de Ricardo Arroyave, en el paraje 'Tapartó', del Municipio de Betania, en donde él vivía en una finca de su propiedad, denominada 'Palenque' y que en el mismo inmueble y en casa muy próxima a la de Arroyave, habitaba Luisa Agudelo; que a dicha mujer, que era y murió soltera, la visitaba éste casi diariamente y que con frecuencia se les veía juntos; que era de fama pública en la comarca que entre la pareja existían relaciones sexuales, relaciones que Arroyave no negaba; que durante éstas, que empezaron más o menos en el año de 1924, nació la demandante Ana María; que Ricardo, hombre expresivo y franco, acariciaba y se comportaba en público con élla como padre, paternidad que, por otra parte, declaraba; que era él quien atendía a la subsistencia de la madre y de la hija; que a ésta la llevó a la escuela y le suministró todo lo que necesitaba hasta el día en que contrajo matrimonio; que todo el vecindario de la región ha reputado a Ana María como hija natural de Ricardo, y por último, que mientras Luisa Agudelo mantuvo relaciones sexuales no se tuvo noticia de que otro hombre la visitara.

"Es claro que éllos no aseguran, ni asegurar podrían, que Ricardo sea el padre natural de Ana María; apenas lo conjeturan; el hecho misterioso del embarazo sólo lo puede atribuir la mujer a determinado varón cuando a la época probable de la concepción tuvo trato carnal exclusivo con él.

"Segundo.—El de los testigos, parientes de Ricardo Arroyave, hermanos y sobrinos, y que lo forman: Pedro Arroyave Restrepo, Graciliano Arroyave Ortiz, Pedro Nel Arroyave Henao, Ricardo Arroyave Henao, Eléazar Arroyave y Ana María Arroyave. Estos deponentes, con más detalles y precisión, si cabe, corroboran cuanto dijeron los del **grupo primero** y reafirman lo que también aseguran algunos de éstos, o sea, que Ricardo Arroyave les manifestó siempre que Ana María era hija natural; que como tal la trataba ante sus allegado; que éstos la reconocen y han tenido siempre, lo mismo que el vecindario de 'Tapartó', como su padre natural. Y todo lo anterior por un período mayor de diez años, desde el nacimiento de Ana María, hasta su matrimonio.

"Contra los testigos parientes de Ricardo Arroyave se ha insinuado la tacha de falta de imparcialidad, consistente en el muy natural resentimiento y animosidad que deben tener para con Aníbal Arroyave o Alvarez, por el hecho de haber sido vencidos por éste en el juicio de filiación natural que contra éllos adelantó y consecuencialmente, desalojado de la herencia, a que por el parentesco colateral con Ricardo, tenían derecho si aquél no hubiera sido declarado hijo natural.

"Se observa:—Entre las personas en quienes se supone parcialidad —artículo 669 del C. J.—, no están enumeradas las que han perdido un pleito

al declarar contra el ganancioso. Pero por encima del argumento legal, están estas consideraciones: que esos parientes deponen en un todo de acuerdo con muchos otros que no lo son; que la impresionante concordancia y seguridad en sus afirmaciones resuman veracidad. Tales testimonios resisten la más severa crítica a pesar de que se les aplique y se estudien con un criterio de impugnación. No hay motivo, por ende, para descalificarlos.

"Además de la prueba analizada, al juicio vinieron algunas copias de actas de matrículas de Ana María, en la escuela primaria, en las que aparece Ricardo Arroyave como acudiente o responsable. Esto coadyuva lo dicho por muchos declarantes en el sentido de que se preocupó por la educación de la niña que él y el vecindario reputaban como su hija natural".

III — Demanda de casación.

El recurrente impugna la sentencia del Tribunal y pretende sea casada para que se proceda a fallar el pleito mediante decisión en el sentido de que no aparece establecida ninguna de las causales que autorizan la declaración judicial de filiación natural.

Un cargo único formula el recurrente, quien lo enuncia así:

"Acuso el fallo con fundamento en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, en cuanto es violatorio de los artículos 4º (numerales 4º y 5º) de la Ley 45 de 1936, por infracción directa consistente en haberlo aplicado al caso del pleito no siendo aplicable, y 7º de la misma ley (y consecuencialmente el artículo 399 del Código Civil allí mencionado), con infracción directa consistente en no haberlos aplicado al caso del pleito siendo aplicables; violaciones que provienen de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas que se indicarán, y que aparecen en el juicio de modo manifiesto".

IV — Examen de la acusación.

En sentir del recurrente, el Tribunal apreció indebidamente unas pruebas y dejó de apreciar otras.

Considera que fueron apreciadas indebidamente las siguientes pruebas: a) la copia de las sentencias en el juicio de filiación de Aníbal Arroyave o Alvarez contra los herederos de Ricardo Arroyave; b) los testimonios de Pedro Arroyave, Graciliano Arroyave, Pedro Arroyave Henao, Lázaro Ríos, Ramón Quintero Acosta, Camilo Franco Vásquez, Ricardo Arroyave Henao, Francisco Saldarriaga, Eléazar Arroyave y Ana María Arroyave; c) la partida de nacimiento de Ana María Agudelo.

El recurrente estima que no fueron apreciadas por el Tribunal las siguientes pruebas: a) la inspección ocular en la escuela de Villa César y la certificación de la directora de esta escuela; b) las declaraciones de los mismos testigos anotados anteriormente en cuanto a la identidad de la demandante y en cuanto a otros hechos pasados por alto en la sentencia; c) las declaraciones de Zoilo Hernández B., Presbítero Héctor Escobar, Francisco Ochoa Sierra, Francisco Vásquez Gallego, Manuel González Saldarriaga, Rosa María Gil Agudelo y María de la Fe Agudelo Olaya; d) la escritura Nº 394 de 11 de abril de 1950 de la Notaría de Andes.

La demanda sostiene que a consecuencia de la indebida apreciación de las pruebas citadas y de la falta de apreciación de las pruebas mencionadas, y por la indebida apreciación del conjunto probatorio que aparece en el juicio, el fallo ostenta respecto de la estimación probatoria, los errores manifiestos de hecho y los errores de derecho que el recurrente ensaya demostrar.

De la siguiente manera el recurrente puntualiza sus acusaciones al fallo recurrido:

"Errores de hecho:

"a)—Atribuír a los testigos Lázaro Ríos Cardona, Ramón Quintero Acosta, Camilo Franco Vásquez y Francisco Saldarriaga Garcés afirmaciones que éllos no hicieron en sus declaraciones, o que rectificaron, según el siguiente párrafo de la sentencia: "Estos declarantes afirman: ".... y que en el mismo inmueble y en casa muy próxima a la de Arroyave, habitaba Luisa Agudelo; que a dicha mujer, que era y murió soltera (subrayo) la visitaba éste casi diariamente y que con frecuencia se les veía juntos; que era de fama pública en la comarca que entre la pareja existían relaciones sexuales, relaciones que Arroyave no negaba; que durante éstas, que empezaron **más o menos** (subrayo) en 1924, nació la demandante **Ana María** (subrayo) como hija natural de Ricardo, y por último, que mientras Luisa Agudelo mantuvo esas relaciones no se tuvo noticia de que otro hombre la visitara.....".

"b)—Atribuír a los testigos del llamado **segundo grupo** (es decir, a los parientes de Ricardo Arroyave R. y del demandado) afirmaciones que

éllos no hicieron en sus declaraciones, al menos no todos éllos, según el siguiente aparte del fallo: "Esos deponentes, con más detalles y precisión, si cabe, corroboran cuanto dijeron los del **grupo primero** y reafirman lo que también aseguran algunos de éstos, o sea, que Ricardo Arroyave les manifestó **siempre** (subrayo) que **Ana María** (subrayo) era su hija natural; que como tal la trataba ante sus allegados; que éstos la reconocen y han tenido **siempre** (subrayo), lo mismo que el vecindario de Tapartó, como su padre natural (sic). **Y todo lo anterior por un período mayor de diez años, desde el nacimiento de Ana María, hasta su matrimonio".**

"c)—Consecuencialmente, dar por establecido el Tribunal que "la prueba analizada acredita fehacientemente, las públicas y estables relaciones sexuales que mantuvieron Ricardo Arroyave y Luisa Agudelo, durante las cuales fue concebida y nació la demandante y también, la posesión notoria del estado civil de hija natural de ésta con respecto a su padre".

"d)—Dar por establecido el Tribunal, contra la evidencia procesal, que **"muchos declarantes"** afirman que Ricardo Arroyave "se preocupó mucho por la educación de la niña" —la demandante—, ya que apenas puede hallarse un testigo que vagamente y no en forma específica, concreta y detallada lo afirme, salvo la recitación no responsiva de los llamados testigos del "segundo grupo".

"e)—Haber menospreciado el Tribunal la prueba existente, por propia confesión, de que muchos de los testigos del llamado "segundo grupo" tienen en la actualidad pleitos pendientes con el demandado, y se sientan perjudicados con la declaratoria de filiación hecha a su favor por la justicia, es decir, la parcialidad de tales testigos.

"f)—Haber desestimado el Tribunal los numerosos testimonios de personas que vivieron cerca de Arroyave y en forma alguna pueden declarar sobre las presuntas relaciones sexuales entre él y la madre de la demandante, no obstante ser testigos llamados a declarar por el actor; ni tener en cuenta el testimonio de los que afirman las malas costumbres de la madre; ni tener en cuenta el testimonio de una prima hermana de la supuesta hija natural de Arroyave, no obstante suceder esta historia "en un remoto paraje rural, despoblado como todos nuestros campos, en medio de gentes rústicas".

"g)—Dar por establecido que los parientes de Ricardo Arroyave tuvieron por hija natural de éste a la demandante, y que la tuvieron por tal 'siempre', cuando la verdad es que recogieron la totalidad de la herencia excluyendo a toda otra persona; cuando hay testimonios de que no la tuvieron por de la familia; cuando hay pruebas directas e indirectas de que su afecto familiar de última hora proviene del propósito de perjudicar a quien les venció en juicio de filiación, a consecuencia del cual deben ser desposeídos de la herencia.

"h)—Haber concluído el Tribunal, contra la evidencia procesal, que hay prueba idónea de lo siguiente: (a) De que Ana María o Flor María o Flor de María o Flor Agudelo son la misma persona; (b) De que la demandante fue concebida cuando existían relaciones sexuales exclusivas de Ricardo Arroyave con la madre de aquélla; (c) De que Ricardo Arroyave atendió 'siempre' a la sustentación, educación y establecimiento de la demandante; (d) De que lo anterior y el trato de padre se refieren a un período continuo de diez años.

"i)—No haber advertido el Tribunal el propósito de colusión entre los parientes desheredados de Ricardo Arroyave R. y el demandante;

"j)—En síntesis, haber hallado el Tribunal bien establecidas las causales 4ª y 5ª de la Ley 45 de 1936 en el caso del pleito, contra la evidencia procesal.

"Errores de derecho.

"a)—Considerar el Tribunal que el hecho de que hayan podido existir relaciones sexuales entre Ricardo Arroyave y la madre de la actora 'más o menos' desde 1924, siendo que élla nació a principios de 1926, es prueba adecuada de que la supuesta hija natural nació "después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron tales relaciones o dentro de los trescientos días siguientes a aquél en que cesaron', que es la prueba exigida por el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936. Este error es evidente porque la circunstancia de la concepción, dentro de los términos precisos en que la sitúa la presunción de derecho, no es ni puede ser cuestión de 'más o menos".

"b)—Haber admitido el Tribunal pleno valor probatorio a las actas que contienen la declaración de los testigos en que fundamenta el fallo, careciendo tales actas de elementos esenciales, en este caso necesarios para orientar el sentido crítico del juzgador. Me refiero a que las declaraciones no contienen la indicación de la edad, domicilio actual y ocupación del testigo, exigi-

dos por el artículo 686 del C. J. En este caso, la edad del testigo es elemento esencialísimo para determinar la veracidad del testimonio y su seriedad, en orden a los hechos con anterioridad de más de treinta años que algunos declaran.

"c)—Haber admitido el fallo pleno valor probatorio a los testimonios de los parientes de Ricardo Arroyave, desposeídos de la herencia éste por el demandado, y mediando la circunstancia de que cuando declararon estaban en curso pleitos de Aníbal Arroyave, demandado aquí, contra tales testigos. Este interés contrapuesto los hace parciales y aunque el art. 669 del C. J. expresa "que están impedidos para declarar por parcialidad que se supone", los cercanos parientes de una de las partes y el que es parte en el pleito, no puede olvidarse que también son sospechosos de parcialidad "los otros parientes de una de las partes". De otro lado, si las personas mencionadas en el texto citado "están impedidas para declarar", hay otras que si bien son evidentemente parciales, no están impedidas para declarar, lo que no implica que su testimonio se pueda considerar con el mismo valor del testigo absolutamente imparcial.

"d)—Haber desconocido el Tribunal que el conjunto de testimonios que de conformidad con el artículo 399 del C. C. constituye la prueba de la posesión notoria del estado civil, debe ser 'fidedigna', es decir, constituído por personas que merezcan entero crédito. Y aunque no hubiera tacha legal que 'impida' declarar a los parientes desposeídos de la herencia de Ricardo Arroyave, es ésta una circunstancia que tiene que restar crédito a sus dichos y hacerlos desestimables en cuanto a la prueba de la posesión notoria, ya que bajo ninguna circunstancia pueden ser considerados "fidedignos".

"e)—No haber tenido en cuenta la sentencia que la prueba testimonial del estado de hijo natural por posesión notoria debe ser "irrefragable", es decir, "que no se puede contrarrestar" (Diccionario de la Real Academia Española), en relación con todos y cada uno de los elementos que conforman esa posesión, y con la duración ininterrumpida de tal situación, cuando es lo cierto que aquí la prueba no existe en relación con hechos esenciales que configuran la posesión notoria y en relación con otros es extremadamente contrastable y delesnable.

"f)—Haber considerado el Tribunal aplicable a la prueba testimonial de la posesión notoria del estado de hijo natural el artículo 697 del C. J. ('Dos testigos hábiles que concuerdan en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo, y lugar forman plena prueba.....'), cuando el artículo 399 del C. C., aplicable al caso por expresa advertencia del artículo 7º de la Ley 45 de 1936 lo que exige es un "conjunto" (agregado) de testimonios fidedignos.

"g)—No haber analizado el Tribunal la prueba testimonial con arreglo a lo dispuesto por el artículo 702 del C. J.

"h)—Haber aplicado a la demandante las declaraciones de aquellos testigos que no pueden responder por la identidad de ella.

"i)—Haber hallado el Tribunal probadas las causales 4ª y 5ª de la Ley 45 por haber aplicado al análisis de la prueba en su conjunto principios erróneos y contrarios a textos expresos de la ley".

En la demanda de casación se examinan uno a uno los testimonios a los cuales se refiere el recurrente en las acusaciones transcritas, anotando respecto de cada cual deficiencias, motivos de sospecha y vacíos, por lo cual en sentir de aquel, hacen legalmente ineficaz la prueba que el Tribunal tuvo en cuenta para la demostración de las causales de paternidad natural deducidas en el fallo.

Después de citar las doctrinas de la Corte conforme a las cuales se exigen especiales condiciones de la prueba en los juicios de filiación natural, el recurrente afirma que ellas "han de bastar para comparar una sentencia en donde el descuido y lenidad en la crítica probatoria, contrasta hasta el extremo con el cuidado meticuloso, severo y riguroso sobre toda ponderación con que nuestro supremo tribunal desea ver estudiadas por el juzgador estas cuestiones".

El recurrente remata así su libelo de impugnación:

"Como consecuencia de los errores de hecho y de derecho expuestos, la sentencia objeto del recurso violó, directamente, los numerales 4º y 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, porque los aplicó al caso del pleito cuando si hubiera estimado debidamente las pruebas que apreció indebidamente y las que dejó de apreciar, hubiera debido necesariamente llegar a la conclusión de que no había lugar a declarar la filiación natural demandada.

"Resulta claro también que si hubiera aplicado el sentenciador el artículo 7º de la citada Ley 45 al caso del pleito, y consecuencialmente el artículo 399 del Código Civil, no hubiera podido declarar la filiación pedida".

Resumiendo el contenido y alcance de la acusación, ésta estriba en que la sentencia infringió

los artículos 4º, numerales 4º y 5º, y 7º de la Ley 45 de 1936, y 399 del Código Civil, a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas que tuvo en cuenta el Tribunal para dar por acreditadas las causales de paternidad natural deducidas en el fallo.

Se considera:

1.—La demanda incurre en la errónea denominación del cargo formulado contra la sentencia recurrida cuando se invoca la causal primera de casación por supuesta violación derecta de la ley sustantiva y se sustenta dicho cargo en errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

Muchas veces ha dicho esta Sala que en estos casos no se debe hablar de violación **directa** sino **indirecta.** Si el sentenciador ha incurrido en evidente error de hecho o en error de derecho en la estimación del material probatorio y el error imputado incide en la sentencia acusada, la ley aparece quebrantada indirectamente como consecuencia de la errónea apreciación de las pruebas, y procede alegar como motivo de casación el consagrado específicamente en el inciso 2º del numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial.

Pero este equivocado bautizo del cargo no es óbice para que la Sala examine el fondo de la acusación, ya que el libelo señala claramente el contenido y alcance de ésta.

2.—Por lo que se deja transcrito anteriormente de la demanda, se comprende que el recurrente pretende revivir ante la Corte el debate probatorio definitivamente clausurado en las instancias, desconociendo así la índole propia del recurso extraordinario de casación.

En casación no cabe revisar el juicio del sentenciador en la estimación de las probanzas sobre los hechos controvertidos por las partes. No es la casación una tercera instancia. Sólo por un evidente y ostensible error de hecho o por un error de derecho en la apreciación de determinada prueba, que conduzca al quebrantamiento de la ley sustantiva, puede impugnarse el fallo de segunda instancia, por vía de casación. Pero esto no implica ni podría implicar sin la desnaturalización de la fisonomía del recurso, un recorte a las atribuciones naturales del juzgador de instancia para formar su convicción sobre la **quaestio facti** mediante la ponderación y confrontación de los materiales que integran el haz probatorio, conformándose a las normas de la tarifa legal y a los principios de la sana crítica.

Es cierto que en las cuestiones de filiación natural, por fuerza de la propia ley y de la doctrina jurisprudencial, se exige del juzgador un especial rigor en el examen y valoración de la prueba, y una actitud vigilante en su producción, ejercitando los poderes que le otorga la misma ley, a fin de que no se altere la verdad y no prosperen atentados contra la tranquilidad de las familias y se menoscaben los patrimonios herenciales por maniobras fraudulentas urdidas al amparo del estatuto sobre la filiación extramatrimonial. Corresponde primordialmente a los jueces y tribunales cumplir estas normas para la cabal aplicación de la ley y efectiva administración de la justicia.

En algunos casos la Corte puede aún discrepar del juicio laxo del Tribunal en la estimación de las probanzas que como juzgador de instancia no le habrían servido para conformar su plena e incontrastable convicción. Pero la Corte no puede reemplazar la discreción que compete al sentenciador de instancia sobre la cuestión de hecho, por su propia discreción, sin exceder los límites que la ley le ha señalado como tribunal de casación.

En aplicación de este criterio, la Sala ha examinado a espacio las pruebas a que alude el recurrente en su demanda y no ha hallado en la apreciación de ellas, errores evidentes de hecho, ni transgresión de las normas que señalan la admisión y valor de los medios probatorios en lo cual estriba el error de derecho.

Además la Sala observa:

A)—En sentir del recurrente el Tribunal no tuvo en cuenta que algunos de los testigos del llamado "segundo grupo", constituído por hermanos y primos del finado Ricardo Arroyave, tienen pleitos pendientes con el demandado y además se sienten perjudicados con la declaratoria de filiación hecha a su favor en juicio anterior, lo cual induce a una posible colusión con la actora en el presente negocio y en todo caso presupone un ánimo de revancha en los testigos que por tal razón aparecen como inhábiles o sospechosos según los artículos 668, 669 o 670 del Código Judicial. El haber concedido valor a dichos testimonios constituye error evidente de hecho o error de derecho, según el recurrente.

Respecto de esta alegación del recurrente bastaría con observar que por razón de parentesco los testigos mencionados no estarían impedidos para declarar en el presente negocio, según el num. 1º del artículo 669 del C. J., y que aún en el caso extremo de que se les considerara sospe-

chosos por las circunstancias aludidas en la demanda, es al juez a quien corresponde decidir **"prudencialmente"** si alcanzan a constituir tacha legal para invalidar el testimonio, al tenor de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 670 del C. J. En el fallo del Tribunal se analiza la situación de tales testigos y se rechaza la descalificación alegada por el demandado, sin que la Corte pueda objetar ese juicio discrecional del sentenciador. Y en cuanto a la colusión de los testigos con la actora, no pasa de ser una simple conjetura del recurrente sin respaldo en los autos.

B)—Es cierto que de acuerdo con los artículos 7º de la Ley 45 de 1936 y 399 del C. C., la posesión notoria del estado civil de hijo natural debe probarse por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable, todo lo cual significa que para demostrar los hechos que constituyen esa posesión no basta simplemente el dicho de dos testigos hábiles que forman plena prueba según la regla general del artículo 697 del C. J. Al juez corresponde apreciar las calidades especiales de los testigos para aceptarlos como **fidedignos** y determinar si en su sentir se ha establecido la posesión de **modo irrefragable.** No puede la Corte, como lo pretende el recurrente, revisar en casación este juicio de los juzgadores de instancia, a cuya sabiduría y prudente criterio deja la ley la apreciación de aquellas especiales circunstancias que debe reunir en estos casos la prueba testimonial.

Por lo demás, en el caso **sub judice** el Tribunal indica en el fallo recurrido la abundante prueba testimonial y en especial la procedente de cercanos parientes del padre natural que le sirvió para formar su convicción al respecto.

C)—Refiriéndose al numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, la Corte ha venido sosteniendo de manera reiterada que "por ministerio de la misma ley y con fundamento en los mismos principios, la estabilidad y notoriedad no pueden limitarse a las relaciones sexuales en sí mismas sino que ha de vincularse a límites temporales precisos en orden a que pueda aplicarse la presunción sobre el momento probable de la concepción; si con certeza no puede afirmarse el estado concubinatario desde o hasta cierta época, la presunción queda sin base, sin contenido y sin efectos, porque está instituída sobre un cálculo de días posteriores y anteriores a la terminación del concubinato". (Casación: marzo 3 de 1955, LXXIX, 693).

En sentir del recurrente, en el caso **sub judice** no se ha demostrado el hecho previsto en el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, porque no existe la prueba concreta específica de "que Luisa Agudelo y Ricardo Arroyave mantuvieron relaciones sexuales **entre el 1º de abril y el 30 de julio de 1925",** prueba necesaria ya que la demandante nació el 25 de febrero de 1926. El Tribunal encuentra probado que aquellas relaciones "se iniciaron **más o menos** en 1924".

El cargo carece de consistencia, porque si bien es verdad que algunos testigos señalan como época apenas aproximada de iniciación de las relaciones sexuales entre Luisa Agudelo y Ricardo Arroyave el año de 1924, habiéndose mantenido ellas hasta el año de 1932, varios testigos como Lázaro Ríos, Eleázar Arroyave y Ana María Arroyave (Cuad. 2º, fs. 19 v., 54 y 55 v.) indican de manera precisa que las relaciones concubinatarias duraron el lapso comprendido entre los años de 1924 y 1932, dentro del cual cabe holgadamente el período en que se presume la concepción de Ana María Agudelo.

D)—El recurrente sostiene que para que pueda deducirse la causal de declaración de paternidad natural con base en el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, es necesario que se demuestre que las relaciones sexuales entre los concubinos han sido **exclusivas,** lo cual no es rigurosamente exacto. Es indudable que para la aplicación de dicha norma las relaciones sexuales han de ser "sucesivas, frecuentes, inequívocas, regulares y notorias", como lo ha dicho la Corte (Casación: abril 21 de 1954, LXXVII, 401; mayo 14 de 1954, LXXVII, 662; marzo 2 de 1955, LXXIX, 693). Pero la ley no exige ni podría exigir al demandante de la filiación natural la prueba de la **exclusividad** de tales relaciones, o sea, la demostración de que la madre no ha tenido acceso carnal a hombre distinto del presunto padre durante el período respectivo. Ello implicaría pedir la demostración de una negativa indefinida. La ley concede sí al demandado como medio de defensa o excepción, el derecho de probar que dentro del período de la concepción la concubina tuvo relaciones carnales con otro hombre, casi en el cual no se hará la declaración de paternidad natural, según el último inciso del artículo 4º de la Ley 45 de 1936. Es al presunto padre a quien corresponde la carga de la prueba en este caso.

E)—En concepto del recurrente, el Tribunal desestimó numerosos testimonios de personas que vivieron cerca de Arroyave y a quienes nada les consta sobre las relaciones con la madre de la demandante. Para rechazar esta parte del cargo, basta aludir a lo dicho anteriormente sobre la

naturaleza propia del recurso de casación, en el cual no es viable revivir el debate probatorio ya agotado en las instancias. De aquellos testimonios, como es obvio, no se deduce evidentemente la inexistencia de las relaciones sexuales estables y notorias entre Ricardo Arroyave y Luisa Agudelo. Aunquando hubiera contradicción entre unos y otros declarantes, como lo pretende el recurrente, el Tribunal obraba dentro de los poderes discrecionales otorgados por el artículo 702 del C. J. al conceder pleno valor probatorio a la prueba testimonial de la cual dedujo la existencia de las relaciones concubinatarias. En la labor ponderativa de las pruebas a que lleva dicha disposición, hay un margen incuestionable en que se mueve la libertad de apreciación del juzgador, lo que constituye una valla para la censura en casación.

F)—Para el recurrente no hay prueba idónea de que Ana María o Flor María o Flor de María o Flor Agudelo son una misma persona. Al haber aceptado el Tribunal la identidad incurrió en error evidente de hecho.

La Sala no encuentra demostrado el cargo. La demandante fue bautizada con el nombre de Ana María y varios testigos declaran que la conocieron desde pequeña con el nombre de Flor María.

Los motivos de duda que el recurrente expone para atacar la prueba de identidad, en ningún caso llevan a la evidencia de que se trata de personas distintas.

G)—El recurrente censura el fallo del Tribunal por haber concedido eficacia probatoria a las actas que contienen la declaración de varios testigos, a quienes no se interrogó sobre su edad, domicilio actual y ocupación, requisitos exigidos por el artículo 686 del C. J. que el recurrente considera **esenciales.**

A esta parte de la acusación la Sala observa: 1º La omisión que señala el recurrente no se extiende a **todos** los testimonios en que se funda la sentencia; 2º El incumplimiento del artículo 686 del C. J. si bien es una irregularidad censurable que puede disminuir fuerza de convicción a la prueba testimonial en determinados casos, no es por sí solo motivo legal para desechar necesariamente las deposiciones y prescindir en absoluto de ellas, siendo improcedente fundar un cargo en casación por la circunstancia de que el Tribunal hubiera aceptado los testimonios así rendidos, ya que el admitir o rechazar esa prueba queda sometido al poder discrecional del juzgador.

H)—El recurrente ataca en su demanda de casación la prueba de la posesión notoria del estado civil que tuvo en cuenta el Tribunal. La Sala no entra en el examen pormenorizado de esta parte de la acusación, porque hallándose suficientemente demostrada la filiación natural con base en las relaciones sexuales, sin que el Tribunal hubiera incurrido en errores de hecho y de derecho, ello es suficiente para mantener el fallo recurrido.

Las anteriores observaciones son bastantes para desestimar la acusación formulada contra la sentencia materia del recurso.

V — Resolución:

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de fecha 11 de diciembre de 1954, dictada en el presente juicio.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

José Hernández Arbeláez. — Manuel Barrera Parra. — José J. Gómez R. — Julio Pardo Dávila. Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ACCION DE NULIDAD Y SUBSIDIARIA DE RESCISION POR LESION ENORME

1.—No hay precepto legal que atribuya a los certificados de los Registradores, la función de probar la venta de bienes raíces, como la Corte lo tiene dicho (Casación, julio 23 de 1925, XXXVII, 91); ni a las copias de las escrituras públicas, valor legal, en el caso de que no sean aducidas, como sucede en este negocio, en alguna de las oportunidades que para ello señala el artículo 597 del C. J., cuyo alcance, precisando y aclarando la jurisprudencia de la Corte en el particular, fue fijado en casación de junio 24 de 1954 (LXXVII, 853).

2.—La llamada posesión INSCRITA, no existe en la legislación colombiana, por no tener la inscripción de los títulos sentido posesorio, como lo declaró la Corte en la sentencia de casación de 27 de abril de 1955 (LXXX, 81).

3.—Ni la acción de nulidad, ni la rescisoria por lesión enorme, son acciones reales, sino personales, ya que no responden al hecho de ser el actor titular de derecho real sobre la cosa. Otro asunto es que, en razón del regreso de las cosas a su estado anterior, en el caso de la primera, o de los efectos de la rescisión decretada en favor del vendedor, el bien deba restituírse al demandante; mas, no significa ello que se trate de acciones reales sino de consecuencias de la acción personal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil B) — Bogotá, agosto treinta de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Se falla sobre el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 13 de diciembre de 1954, en juicio de Hilarión Espinosa G. contra Sandalio Espinosa y otro.

CAPITULO PRIMERO

Los antecedentes:

1.—Hilarión Espinosa G., como heredero de Robertina Espinosa, demandó en el Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá, a Sandalio Espinosa y María Teresa Forero de Espinosa, para que se declare nulo absolutamente el contrato celebrado por medio de la escritura pública Nº 2172, de 16 de junio de 1951, de la Notaría 7ª del Circuito de Bogotá, contrato por el cual Robertina Espinosa vendió a los nombrados Sandalio Espinosa y María Teresa Forero de Espinosa, un inmueble situado en el Municipio de Fontibón, y se reconozca la propiedad del inmueble a favor de la sucesión de Robertina Espinosa; y subsidiariamente, para que se decrete la rescisión por lesión enorme de la venta expresada.

2.—La declaración de nulidad se basa, según el hecho 9º del libelo, en que "la firma que aparece al pié de la escritura número 2172, mencionada antes y que dice: "Robertina Espinosa" se parece en su letra y detalles a los detalles y letra de la firma que aparece con el nombre de Teresa F. de Espinosa". Y la rescisión por lesión enorme, según el hecho 3º, en que el "precio de tres mil pesos es inferior a la mitad del precio verdadero del inmueble vendido aparentemente por la señorita Robertina Espinosa a los demandados".

3.—La sentencia del Juez, fechada el 17 de noviembre de 1953, hizo las declaraciones demandadas en lo tocante a la rescisión por lesión enorme, y apelada por ambas partes, el Tribunal Superior de Bogotá la confirmó; negó, además, las declaraciones relativas a la nulidad, y condenó a la parte demandada en las costas de la segunda instancia.

4.—La parte demandada acusó la sentencia en casación; el recurso fue admitido, fundado y replicado, de modo que a la Corte concierne resolverlo.

CAPITULO SEGUNDO

La casación: causales y cargos:

I

El recurrente, en una demanda ajena a las normas de la casación, invoca las causales primera y segunda del artículo 520 del C. J.

Con apoyo en la primera, acusa la sentencia "por violación de la ley sustantiva, por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea", y cita como quebrantados los artículos 1951 del C. C. y 343 y 448, ordinal 3º, del C. J.

Con apoyo en la segunda, no se cuidó de formular cargo alguno.

II

1.—Alega el recurrente como fundamento o motivo de primero y único cargo, el hecho de haberse establecido en el juicio que los compradores del inmueble —o sean los demandados— lo habían vendido a su turno, antes de ser introducida la demanda de rescisión por lesión enorme, a José Liberato Suárez Parra, según consta en certificados del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Bogotá, aducido oportunamente, y también en la escritura pública de venta, presentada por la parte demandada, con el alegato de conclusión de la segunda instancia, de modo que al declarar la rescisión del contrato la sentencia quebrantó el artículo 1951 del C. C., según el cual, vendida la cosa por el comprador, por más de lo que pagó por ella, la acción del vendedor se limita a cobrar el excedente, con deducción de una décima parte; así como también el artículo 343 del C. J., por no haber declarado probada la excepción perentoria que consiste en el mismo hecho.

La sentencia niega que con el certificado del Registrador y la copia de la escritura de la nueva venta, presentada con el alegato de bien probado de la parte demandada, se hubiese establecido el hecho de la expresada venta.

2.—Si el cargo consiste —como parece— en no haber aceptado como prueba el certificado del Registrador y la copia de la escritura pública Nº 2968 de 3 de septiembre de 1951, de la Notaría 1ª de Bogotá, por la cual los compradores demandados enajenaron la finca, el cargo no sería por violación directa de la ley —y menos aún en la forma disyuntiva formulada "por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea", forma inaceptable en casación— sino a través de los errores —que serían específicamente de derecho (y no de hecho o de derecho, como reza)— en la apreciación de dichas pruebas, o sean el certificado y la copia del instrumento, y en tal caso con indicación, además, de las normas legales sobre derecho probatorio infringidas —como medio conducente a la infracción sustancial— por negar a tales pruebas el mérito que conforme a dichas normas tendrían para demostrar el hecho de la venta de Sandalio Espinosa y María Teresa Forero de Espinosa a José Liberato Suárez Parra.

3.—Mas, auncuando se hubiese formulado a derechas el cargo, no habría error, porque no hay precepto legal que atribuya a los certificados de los Registradores, la función de probar la venta de bienes raíces, como la Corte lo tiene dicho (casación, julio 23 de 1925. XXXVII. 91); ni a las copias de las escrituras públicas, valor legal, en el caso de que no sean aducidas, como sucede en este negocio, en alguna de las oportunidades que para ello señala el artículo 597 del C. J., cuyo alcance, precisando y aclarando la jurisprudencia de la Corte en el particular, fue fijado en casación de junio 24 de 1954 (LXXVII. 853).

Por tanto, el cargo carece de todo fundamento.

4.—Lo anterior, desde el punto de vista de la casación estricta. Porque, en el campo jurídico, en el cual no fue menos desafortunada la demanda, conviene decir volviendo por los fueros de la doctrina.

A)—Habiendo señalado el actor a Sandalio Espinosa y María Teresa Forero de Espinosa, como poseedores actuales del fundo (hecho 7º f. 7 C. 1º), si en verdad no lo era, debieron manifiestarlo así al contestar la demanda, y no decir simplemente que no les constaba (f. 27 ib.) pues en tratándose de tal hecho, debe negarse claramente, en caso de que el reo no sea el poseedor, y no acudir a aquella expresión, que es por lo menos equívoca, a fin de que se cumplan las consecuencias señaladas en los artículos 214 y 215 del citado código. No negándolo así, al demandado debe tenérsele por poseedor y cargar con las consecuencias. (V. casación de 27 de abril de 1955. LXXX 81).

Si los demandados hubiesen procedido según la ley, quizá hubiesen podido probar su negación en el incidente correspondiente, y el juicio se habría orientado sobre otras bases, no obstante que en él les fue demostrada su posesión (material), no la inscrita, a que hacen alusión los demandados para atribuírla a José Liberato Suá-

rez Parra, olvidando que tal llamada posesión no existe en la legislación colombiana, por no tener la inscripción de los títulos sentido posesorio, cómo lo declaró la Corte en la citada casación de 27 de abril de 1955. (LXXX. 81).

B)—Ni la acción de nulidad, ni la rescisoria por lesión enorme, son acciones reales, sino personales, ya que no responden al hecho de ser el actor titular de derecho real sobre la cosa. Otro asunto es que, en razón del regreso de las cosas a su estado anterior, en el caso de la primera, o de los efectos de la rescisión decretada a favor del vendedor, el bien deba restituírse al demandante; mas, no significa ello que se trate de acciones reales sino de consecuencias de la acción personal que no llegan a afectar la sustancia de ésta.

Resolución

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha trece (13) de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario de José Hilarión Espinosa G. contra Sandalio Espinosa y otro.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y ejecutoriada devuélvase al Tribunal de origen.

José Hernández Arbeláez—Manuel Barrera Parra—José J. Gómez R. — Julio Pardo Dávila—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

TECNICA DE CASACION. — LA CONFESION COMO MEDIO DE PRUEBA DEL ESTADO CIVIL

1.—En los cargos se habla impropiamente de una supuesta VIOLACION DIRECTA de la ley sustantiva, cuando en realidad la acusación se hace consistir en una errónea apreciación de la prueba, según los razonamientos del recurrente, lo que generaría un quebrantamiento indirecto de la ley a consecuencia del error de hecho o de derecho en la apreciación de los elementos probatorios, y daría lugar a invocar la causal de casación específicamente reconocida en el inc. 2º del ord. 1º del art. 520 del C. J. Pero esta indebida calificación de los cargos no sería óbice para la viabilidad de la acusación, si la Sala encontrara ésta realmente fundada.

2.—Como lo proclama la doctrina y la jurisprudencia, generalmente la confesión no es medio idóneo de prueba en las cuestiones de estado civil, porque en esta materia el orden público está de por medio, sin que sea posible modificar por la simple voluntad individual la posición que a una persona le corresponde en sus relaciones de familia. Por eso ha dicho la Corte que "cuando se trata de extremos que se refieren al estado civil de las personas, porque de él se derivan derechos y obligaciones, el asentimiento de la parte no es prueba legal de la constitución del respectivo estado. Esta comprobación se rige por pruebas taxativas y precisas" (Casación: febrero 22 de 1944, LVII, 68; septiembre 18 de 1947, LXIII, 28; agosto 19 de 1954, LXXVIII, 253).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco (1955).

(Magistrado Ponente: Doctor Manuel Barrera Parra.)

La Corte falla sobre la demanda de casación introducida por la parte demandada para acusar la sentencia proferida el 6 de octubre de 1954 por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario sobre filiación natural y petición de herencia entablado por Ana Rosa Velásquez de Ramírez contra los herederos **ab intestato** de Carlos Velásquez.

I — Antecedentes:

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Cáqueza, Ana Rosa Velásquez de Ramírez demandó por la vía ordinaria a Jacinto Moreno Reyes o Quevedo Reyes y Ana María o María Quevedo Reyes o Moreno Reyes, para que se le declare hija natural de Carlos Velásquez, ya finado, y se le reconozcan sus derechos herenciales en la sucesión de su padre.

La actora invocó como causales para obtener el reconocimiento de paternidad natural, la posesión notoria del estado civil, y su concepción y nacimiento dentro de las relaciones sexuales estables, notorias y públicas de Carlos Velásquez y Catalina Velásquez, madre de la demandante.

Los hechos se resumen así:

Rosalía Velásquez, quien vivía con su hermano Carlos en la sección de El Páramo del Municipio de Cáqueza, dio a luz el 15 de octubre de 1900 una niña, su hija natural, quien fue bautizada con el nombre de Catalina; la habitación de los dos citados hermanos, en la cual vivió la pequeña Catalina desde su nacimiento, era un pequeño rancho pajizo de vara en tierra, en el que había solamente una cama, con una cocinita adjunta; muerta Rosalía el 15 de enero de 1912, Catalina continuó viviendo ininterrumpidamente con Carlos, en el rancho descrito, hasta su fallecimiento ocurrido el 7 de febrero de 1950. Carlos y Catalina hicieron, pues, vida marital que tuvo como frutos a Ana Rosa, Gervasio e Ignacio, nacidos respectivamente el 24 de febrero de 1920, el 19 de junio de 1933 y el 5 de octubre de 1938.

En consecuencia, Carlos Velásquez y Catalina Velásquez, no sólo tuvieron relaciones sexuales estables, notorias y públicas, sino que hicieron vida marital desde que ésta llegó a la pubertad hasta cuando murió, o sea, durante un espacio de tiempo no menor de treinta y ocho años. Además, reconocieron y tuvieron siempre a los citados Ana Rosa, Gervasio e Ignacio, como sus hijos naturales; sufragó el primero todos los gastos

que ocasionaron su crianza, vestuario y alimentación, "actitud paternal que fue permanente y contínua, a través de un período de tiempo superior a treinta años"; los presentó como tales a sus allegados, amigos y vecinos, y todos "a excepción de Ana Rosa quien abandonó la casa para casarse en Bogotá el 25 de abril de 1948 con Antonio Ramírez, permanecieron en la tántas veces referida casa de El Páramo, hasta el día de la muerte de Carlos Velásquez, ocurrida el 28 de junio de 1950".

Los demandados se opusieron a las pretensiones de la actora.

El juez **a quo** denegó las súplicas de la demanda.

Por apelación de la demandante, subió el negocio al Tribunal, quien en sentencia del 6 de octubre de 1954, accedió a las súplicas de la demanda, resolviendo de conformidad con ellas la declaración de filiación natural y al petición de herencia.

Contra esta sentencia se alzó en casación la parte demandada. El recurso ha sido tramitado de acuerdo con la ley y corresponde a la Corte decidir en el fondo sobre la correspondiente demanda.

III — Sentencia acusada.

El Tribunal encontró plenamente demostrado con las declaraciones de ocho testigos, que Carlos y Catalina Velásquez tuvieron relaciones sexuales estables y notorias por más de 30 años, dentro de las cuales nació la demandante.

En consecuencia, accedió a las súplicas de la demanda, por hallar acreditada la causal de paternidad natural del ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, y ser procedente la acción de petición de herencia en frente de los demandados, que aparecen como herederos **ab intestato** de Carlos Velásquez.

En el fallo recurrido se hace un análisis pormenorizado de las declaraciones de Aurelio Gómez, Polo Rojas, Dionisio Hernández, Cantalicio Uñate, Daniel Contento, José Aurelio Gómez Gutierrez, Antonio Contento Baquero y Maximino Herrera Rojas.

El Tribunal concluye:

"Son ocho testimonios concluyentes, por los responsivos y completos, que demuestran sin lugar a la menor duda que Catalina Velásquez desde que nació hasta que murió estuvo viviendo siempre bajo un mismo techo con Carlos Velásquez. Todos los declarantes dan una razón de su dicho absolutamente verosímil y convincente, es decir, que con toda posibilidad pudieron percibir los hechos sobre los cuales deponen: todos por tener edad suficiente para haberlos presenciado; algunos por ser vecinos, otros amigos, éstos 'partijeros' de Carlos Velásquez, aquéllos por haber construído personalmente el rancho donde vivió. La manera responsiva como contestaron a las implacables preguntas del apoderado de la parte demandada, la forma rudimentaria y humilde como se expresan, los detalles muy personales que dan en cada caso como razones para haber percibido los hechos que relatan, son motivos que producen la plena convicción acerca de la sinceridad de los declarantes y llevan al ánimo del juzgador la certeza de que los hechos que narran ocurrieron en realidad.

"El Tribunal encuentra, pues, plenamente demostrado que Carlos y Catalina Velásquez vivieron juntos durante más de treinta años; que su vivienda era el pequeño rancho de bahareque pajizo descrito por los testigos e individualizados en la diligencia de inspección ocular; que dicha vivienda constaba apenas de una sola y pequeña habitación; que dormían en una sola cama porque no había otra ni espacio para colocarla, como que en la diligencia se comprobó que tenía unos dos metros y medio por tres metros (Cfr. Cuad. Nº 2º, fls. 22 vto. y ss.); que se cubrían con una misma cobija; y que tal estado de cosas duró lo que la vida de Catalina.

"No se trata en este caso de unas simples relaciones sexuales estables y notorias habidas entre los citados Carlos y Catalina Velásquez, las cuales sirven como prueba de la filiación natural, aunque no haya comunidad de habitación. Es una situación mucho más elocuente al respecto, como que se está en presencia de una larga vida marital.

"Debe tenerse en cuenta también, como detalle de valor muy importante para considerar plenamente comprobadas las relaciones sexuales estables, notorias y públicas que existieron entre Carlos y Catalina Velásquez, que los cinco testigos aducidos por la parte demandada declararon también acordemente acerca de la existencia de aquéllas. Coinciden tales deponentes, dando adecuada razón de su dicho, en afirmar que los citados Velásquez vivieron siempre juntos en el rancho de la vereda de El Páramo y que éste constaba de una sola 'pieza' (solamente uno de éllos habla de dos piezas).

"Salvo discrepancia puranmente incidentales, esas declaraciones corroboran ampliamente las

pruebas que para demostrar las referidas relaciones sexuales logró aducir la parte actora. No hay siquiera que analizar el valor probatorio que pueden tener dos grupos de declaraciones contradictorias entre sí, según el artículo 702 del Código Judicial. Por el contrario, toda la prueba testimonial que aparece en el proceso, conduce a acreditar la vida marital pública, notoria y permanente que hicieron Carlos y Catalina Velásquez".

III — Demanda de casación.

Con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. J. el recurrente formula tres cargos a la sentencia, a saber:

1º—Infracción del ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, por error evidente de hecho en la apreciación de la prueba testimonial examinada por el Tribunal, de la cual no aparecen los hechos concretos que señalan las relaciones sexuales de Carlos Velásquez y Catalina Velásquez dentro de fechas precisas comprendidas en el lapso de los 180 a los 300 días anteriores al nacimiento de Ana Rosa Velásquez de Ramírez;

2º—Infracción de la misma norma por error de derecho en la apreciación de la prueba mencionada;

3º—Error manifiesto de hecho por haber prescindido de la confesión procedente de la demandante y consignada en memorial de poder conferido al Dr. Manuel J. Hernández, en el cual Ana Rosa Velásquez de Ramírez manifiesta ser sobrina del finado Carlos Velásquez. Por tal error se infringieron los artículos 1.769 del C. C.; 593, 604 y 606 del C. J.

Termina así la demanda de casación:

"Las violaciones de las disposiciones legales que he citado en el cuerpo de este alegato llevaron como de la mano al Tribunal a infringir de manera directa el artículo 1º de la Ley 45 de 1936, así como el numeral 4º del artículo 4º de la propia Ley porque sin la plena prueba que ha debido suministrar la parte demandante no ha debido hacerse la declaración de paternidad natural en favor de la señora Ana Rosa Velásquez de Ramírez. La demandante aparece demostrado en autos ser sobrina del causante Carlos Velásquez y no hija natural."

IV — Oposición al recurso.

El opositor observa que en la formulación del recurso se ha incurrido en notorias faltas contra la técnica de casación, así:

En el cargo 1º se habla de **infracción directa** de la ley, pero sus fundamentos se refieren a una violación indirecta por errónea apreciación de la prueba;

En el cargo segundo se presentan los mismos razonamientos bajo el calificativo de **error de derecho** y repite el recurrente que se trata de **infracción directa;**

En el último cargo se citan como violadas disposiciones sobre pruebas pero no se menciona la norma sustantiva que hubiera sido infringida por no haberse estimado la supuesta confesión.

Por otra parte, el opositor examina a fondo los razonamientos del recurrente y sostiene:

A)—"Todos los testimonios, no solo los aducidos por la parte actora, sino los allegados por el otro extremo del litigio, afirman hasta la saciedad lo siguiente: 1º. Que Carlos Velásquez tuvo relaciones sexuales estables con Catalina Velásquez; 2º. Que dichas relaciones comenzaron a partir de 1912 y que sólo terminaron en 1950, cuando murió la primera de los concubinos; 3º. Que en el entretanto, los amancebados vivieron en forma permanente e ininterrumpida en el ranchito descrito en la inspección ocular, constante de una pieza, en la cual físicamente no cabía sino una cama, lecho obligado de los relacionados sexualmente; 4º. Que Ana Rosa Velásquez nació el 30 de noviembre de 1919 (C. 1º fl. 1º), vale decir, a los siete años de comenzadas esas relaciones y 21 años antes de que se terminaran con motivo de la muerte de Catalina, hecho ocurrido el 6 de febrero de 1950 (C. Nº 1º, fl. 3º)".

B)—"Es evidente que Ana Rosa otorgó un poder para que se reclamara lo que creía corresponderle en la sucesión de Carlos Velásquez, y lo otorgó como sobrina del causante. Por qué lo hizo? Porque evidentemente, además de ser hija, es sobrina en segundo grado del referido sujeto. Es hija natural de Catalina, sobrina natural de Carlos; y lo hizo así porque juzgó más expedito ese medio, ya que el parentesco aparecía acreditado de las partidas de origen eclesiástico, calidad civil, en el fondo cierta. De ese modo evitaba el adelantamiento de un juicio el que tenía por fin la declaratoria de su filiación. Sólo que aspiraba a heredar por representación, pero en el caso no había lugar para esa forma jurídica".

C)—Además, la confesión no es medio idóneo de probar el estado civil.

V — Examen de los cargos.

El recurrente, al sustentar el cargo primero se detiene en el análisis de la prueba testimonial que el sentenciador tuvo en cuenta para hallar acreditadas las relaciones sexuales notorias y estables de Carlos Velásquez y Catalina Velásquez dentro de las cuales fue concebida Ana Rosa Velásquez.

En sentir del recurrente el Tribunal incurrió en manifiesto o evidente error de hecho "porque ninguno de los testigos en que el Tribunal sentenciador funda su fallo que está al estudio de la Honorable Corte, precisa las épocas de que habla el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936. Ninguno de los testigos afirma con certeza el estado de las relaciones sexuales con los caracteres de notoriedad y permanencia anotados, y desde o hasta cierta época".

Y al fundar el segundo cargo, el recurrente afirma en relación con las mencionadas declaraciones:

"Ninguno de esos testimonios precisa las épocas de que habla el num. 4º del art. 4º de la Ley 45 de 1936, distinguiéndolas por fechas y meses. Los citados testigos en manera alguna expresan por hechos concretos respecto de los ciento ochenta o los trescientos días anteriores al nacimiento de la señora Ana Rosa Velásquez de Ramírez, según la doble previsión de la ley, y de ahí que la apreciación de tales testimonios llevó como de la mano al Tribunal a violar de manera expresa, franca y categórica el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, disposición sustantiva aplicable en el caso que se contempla en este juicio. la violación del precepto aludido es directa y flamante, sin lugar a duda, toda vez que esas declaraciones no daban suficiente respaldo probatorio para declarar que la señora Ana Rosa Velásquez de Ramírez es hija natural del señor Carlos Velásquez.

"La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es clara al respecto cuando dice que hay error de derecho en la apreciación de una prueba cuando se le dá determinada fuerza que la ley no le atribuyó, aplicándole luego fuerza estatuída sólo para elementos probatorios que reúnan todas las cualidades exigidas por la ley. Entonces es una noción equivocada de la ley. Así sucede en el presente negocio. Ninguno de los testigos en sus declaraciones rendidas expresó por hechos concretos respecto de los ciento ochenta o los trescientos días anteriores al nacimiento de la señora Ana Rosa Velásquez de Ramírez, según la doble expresión de la ley. Esas declaraciones no precisan las épocas de que habla el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, distinguiéndolas por fechas y meses. Por este concepto debe ser infirmado el fallo sujeto a la casación, es decir, por error de derecho en la apreciación de las declaraciones que sirvieron al Tribunal para la sustentación de su fallo".

En resumen:

El recurrente en estos dos cargos acusa la sentencia por error manifiesto de hecho o por error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial que el Tribunal tuvo en cuenta para encontrar suficientemente acreditada la causal de paternidad natural que se halla consagrada en el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

El recurrente estima que de los testimonios relacionados en la sentencia no aparece ciertamente el estado de concubinato del pretenso padre con la madre de la demandante, ni la existencia de dicho estado a la época precisa en que de acuerdo con la presunción legal fue concebida Ana Rosa Velásquez, o sea, dentro del lapso comprendido entre los trescientos y los ciento ochenta días anteriores a su nacimiento.

Se considera:

1.—Como lo observa el opositor, en los cargos examinados se habla impropiamente de una supuesta **violación directa** de la ley sustantiva cuando en realidad la acusación se hace consistir en una errónea estimación de la prueba, según los razonamientos del recurrente, lo que generaría un quebrantamiento indirecto de la ley a consecuencia del error de hecho o de derecho en la apreciación de los elementos probatorios, y daría lugar a invocar la causal de casación específicamente reconocida en el inciso 2º del ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial.

Pero esta indebida calificación de los cargos no sería óbice para la viabilidad de la acusación, si la Sala encontrara ésta realmente fundada.

2.—Pero la acusación carece de fundamento.

Ana Rosa Velásquez, hija de Catalina, nació el 1º de noviembre de 1919. Tanto el hecho de la maternidad como la fecha del nacimiento se hallan suficientemente acreditados con la partida de bautismo allegada a los autos (Cuaderno 1º, folio 1º).

De acuerdo con la presunción legal, Ana Rosa Velásquez fue concebida en el lapso comprendido entre el 5 de enero y el 5 de mayo del año de 1919.

Ahora bien: el Tribunal encontró fehacientemente demostrada la vida marital extramatrimonial de Carlos y Catalina Velásquez desde 1912 hasta principios de 1950 en que murió la última, o sea, que a la época en que se presume la concepción de Ana Rosa Velásquez, existían sin lugar a duda las relaciones de concubinato entre su madre y el varón a quien se atribuye la paternidad.

Que los testigos no señalaron la fecha y el mes en que se iniciaron las relaciones sexuales notorias y estables entre Carlos y Catalina Velásquez? Ese dato preciso y exacto no existe, es verdad. Pero en el caso **sub judice** sería absurdo rigorismo pedir la determinación del día y del mes en que empezó y terminó el concubinato, cuando el nacimiento de la persona cuya paternidad se investiga, ocurre siete años después de iniciado y 20 años antes de terminar, aproximadamente.

El recurrente expone observaciones tendientes a disminuir fuerza de convicción a la prueba testimonial examinada por el Tribunal, pero ellas en forma alguna demuestran error evidente o manifiesto de hecho que desvirtúe el juicio del sentenciador respaldado en un análisis muy cuidadoso de las probanzas.

Tampoco se halla fundado el cargo por error de derecho, pues el Tribunal aplicó en cuanto a la admisión y valoración de los testimonios las normas legales que regulan esta prueba.

En el último cargo se acusa la sentencia por error de hecho en la apreciación de la prueba, por cuanto según el recurrente no tuvo en cuenta la confesión procedente de la actora y que consta en un memorial-poder en que Ana Rosa Velásquez de Ramírez declara ser sobrina de Carlos Velásquez.

Se considera:

1.—Las observaciones consignadas por el opositor explican satisfactoriamente por qué razón la demandante había conferido un poder en el juicio de sucesión de Carlos Velásquez mencionando su condición de sobrina.

2.—El Tribunal no pasó inadvertida tal prueba. Sencillamente no le atribuyó valor legal de confesión con virtualidad para fijar el estado civil de la demandante. Por este aspecto, mal puede hablarse de error de hecho.

3.—Pero además, como lo proclama la doctrina y la jurisprudencia, generalmente la confesión no es medio idóneo de prueba en las cuestiones de estado civil, porque en esta materia el orden público está de por medio, sin que sea posible modificar por la simple voluntad individual la posesión que a una persona le corresponde en sus relaciones de familia. Por eso ha dicho la Corte que "cuando se trata de extremos que se refieren al estado civil de las personas, porque de él se derivan derechos y obligaciones, el sentimiento de la parte no es prueba legal de la constitución del respectivo estado. Esta comprobación se rige por pruebas taxativas y precisas" (Casación: febrero 22 de 1944, LVII, 68; septiembre 18 de 1947, LXIII, 28; agosto 19 de 1954, LXXVIII, 253).

Lo dicho es suficiente para rechazar el cargo.

VI — Resolución:

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 6 de octubre de 1954, dictada en el presente juicio.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

José Hernández Arbeláez. — Manuel Barrera Parra. — José J. Gómez R. — José Gabino Pinzón, Conjuez. — **Ernesto Melendro Lugo,** Srio.

ACCION PETITORIA DE DOMINIO. — ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO EN CASACION

1.—Es bien sabido que el sentenciador incurre en error de derecho en la apreciación de las pruebas, cuando les otorga un valor que la ley les niega o les desconoce el valor que la ley les asigna, y en virtud de esa falsa estimación que contraría abiertamente los textos legales sobre tarifa de pruebas, viola esas disposiciones, además de las normas legales sustantivas que se refieren al fondo mismo del asunto que se debate en el pleito.

2.—Si el error de derecho supone necesariamente la violación de preceptos legales sobre pruebas, es preciso, para que el cargo por error de derecho sea viable en casación, que el recurrente diga cuáles son las disposiciones de esa naturaleza que se han violado por el sentenciador.

3.—En el campo de la violación indirecta de la ley sustantiva, ésta se presenta siempre con motivo de la labor investigativa del juzgador en el campo probatorio; y en esa labor puede ocurrir que se equivoque el sentenciador porque dé por acreditado un hecho cuya prueba no existe, o porque niega que se encuentra acreditado cuando la prueba del hecho existe. En esto consiste el error de hecho que debe aparecer de modo manifiesto en los autos, al tenor de lo dispuesto por el artículo 520 del Código Judicial, segunda parte de la causal primera.

4.—La acción reivindicatoria y la petitoria son distintas y autónomas, aunque tengan algunos puntos de contacto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, agosto treinta y uno de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Davila.)

Julio E. Betancourt y Ramón Acosta, demandaron en juicio ordinario de mayor cuantía a Francisco Antonio Arenas y a Carmen Tulia Arenas, para que, en sentencia definitiva, se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que la sucesión ya liquidada de los finados cónyuges Juan Pablo Arenas y María Teresa Restrepo, o la comunidad formada por los causahabiente en la sucesión, o sean, los señores Juan Ramón Acosta y Julio E. Batancourt, como rematantes de las hijuelas de gastos y deuda y subrogatarios de los derechos herenciales del heredero Manuel A. Arenas R., y los herederos Carmen Tulia y Francisco Arenas R., en proporción a los derechos de que son beneficiarios, tiene derecho al dominio y posesión del inmueble especificado en el numeral quinto de esta demanda, o sea una casa de tapias y tejas con su correspondiente solar y demás mejoras y anexidades, situada en el barrio "El Hatillo", del municipio de Heliconia y que linda: por el frente con el camino público que de la cabecera de Heliconia conduce a la fracción 'Alto del Corral'; por el costado de arriba, con predio de Santos Arboleda y Francisco Arenas; por el centro con predio de Gonzalo Rendón; y por el costado de abajo con predios de Jesús Montoya y la Comunidad de Guaca, por haberlo adquirido por prescripción adquisitiva, o tener en su favor la prescripción adquisitiva de dominio.

"Segundo.—Que como consecuencia de la anterior declaración, el señor Francisco Arena R. está obligado a restituír o entregar a la expresada sucesión ya liquidada o a la comunidad formada por los causahabientes ya nombrados, el inmueble de que se trata, que se deja especificado.

"Pido además que se condene a los demandados en costas".

Los antecedentes del litigio, según la enunciación de los hechos expuestos en la demanda, pueden resumirse así:

Juan Pablo Arenas y María Teresa Restrepo contrajeron matrimonio el 18 de septiembre de 1895; María Teresa Restrepo murió el 15 de marzo de 1943 y Juan Pablo Arenas el 16 de julio del mismo año; del matrimonio Arenas-Retrepo nacieron tres hijos que son: Manuel Antonio, que nació el 5 de noviembre de 1901; Francisco Antonio que nació el 26 de marzo de 1905 y Carmen Tulia, cuya partida de bautismo no se encontró en los libros del archivo parroquial de Heliconia,

pero cuyo estado civil se demostró con la prueba supletoria.

Durante el matrimonio de Juan Pablo Arenas con María Teresa Restrepo el marido adquirió de Julio Restrepo, mediante "negociación verbal", la finca que se determinó y "aunque no se otorgó escritura para solemnizar este contrato, en virtud de esa negociación, el señor Arenas entró en posesión del citado inmueble, con ánimo de señor y dueño, posesión en la cual lo puso el señor Restrepo; éste había sido puesto a su vez en posesión del citado inmueble, por el señor Antonio Restrepo, su hermano, en virtud de otra negociación verificada entre ellos, sin que tampoco Antonio hubiera otorgado escritura a su hermano Julio. El señor Antonio Restrepo, expresado, adquirió el inmueble de que se trata por compra hecha a Manuel S. Reaza y a Joaquín Vélez por medio de la escritura número 42 de 1º de julio de 1901, otorgada ante el señor secretario del Concejo Municipal de Heliconia, con funciones notariales, debidamente registrada, que se acompaña" (sic).

Juan Pablo Arenas tuvo la posesión del inmueble, sin interrupción alguna, por más de treinta años, hasta su muerte. Los actos de posesión consistieron en haber edificado la casa de tapia y teja que sustituyó a la antigua de paja y bahareque existente en el terreno, haber habitado en dicha finca con su esposa y sus hijos; haber cultivado el terreno con sembrados de distintas clases, en los cuales trabajaba personalmente y con peones pagados por él.

Muertos los cónyuges Arenas y Restrepo, se inició por el heredero Manuel Arenas, el correspondiente juicio de sucesión y en él fueron declarados herederos Manuel Antonio Arenas, Francisco Antonio Arenas y Carmen Tulia Arenas.

En la sucesión se inventarió y avaluó el 18 de agosto de 1945 el inmueble de que se ha venido tratando, y en tal diligencia se expresó que ese inmueble lo hubo el finado Juan Pablo Arenas por compra a Julio Restrepo y que lo poseyó Arenas por más de treinta años y se agregó: "No se conoce el título o escritura mediante el cual hizo la adquisición. Dicho bien fue adquirido durante el matrimonio de los finados y por tanto pertenece a la sociedad conyugal disuelta".

Luego de varios incidentes en el juicio de sucesión, éste se terminó con la aprobación dada por el juez y confirmada por el Tribunal de Medellín, a la partición y adjudicación de los bienes que figuraron como activo y que fueron únicamente la casa y el terreno situado en El Hatillo; tal finca se distribuyó adjudicando derechos proindiviso, en la forma siguiente:

Para gastos y deudas, un derecho de $ 503.80, sobre un avalúo dado a toda la finca de $ 700.-00 y para cada uno de los herederos, Manuel Antonio, Francisco Antonio y Carmen Tulia Arenas Restrepo, a cada uno, un derecho de $ 65-40, en relación al mismo avalúo de $ 700.00.

Por providencia del Tribunal Superior de Medellín, fueron sacados a licitación en pública subasta las hijuelas de gastos y deudas, y los correspondientes derechos fueron rematados por Julio E. Betancourt y Juan Ramón Acosta, remate que fue aprobado y registrado debidamente.

Más tarde los mismos Juan Ramón Acosta y Julio E. Betancourt, compraron a Manuel Antonio Arenas el derecho que le correspondía como heredero.

Los citados Betancourt y Arenas no han obtenido que la finca se les entregue, porque Francisco Arenas dice que es poseedor, como dueño, del inmueble y por ello alega derecho de dominio.

El juez sexto civil del Circuito de Medellín falló el negocio el siete de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres, por sentencia que dice:

"1º—Se declaran no probadas las excepciones propuestas por los demandados.

"2º—La sucesión ya liquidada de los finados cónyuges Juan Pablo Arenas y María Teresa Restrepo, o la comunidad hoy formada por los causahabientes en la sucesión, o sean los señores Juan Ramón Acosta y Julio Betancourt como rematantes de las hijuelas de gastos y deuda y subrogatarios de los derechos hereditarios de Manuel A. Arenas R. y los herederos Carmen Tulia y Francisco Antonio Arenas R., en proporción a los derechos de que son beneficiarios, tienen derecho de dominio y posesión, por haberlo adquirido por prescripción adquisitiva, sobre el inmueble siguiente: una casa de tapias y tejas con su correspondiente solar y demás mejoras y anexidades, situada en el barrio "El Hatillo", del municipio de Heliconia y que linda: "Por el frente, con el camino público que de la cabecera de Heliconia conduce a la fracción 'Alto del Corral'; por el costado de arriba, con predio de Santos Arboleda y de Francisco Arenas; por el centro, con predio de Gonzalo Rendón, y por el otro costado de abajo, con predios de Jesús Montoya y la Comunidad de Guaca".

"3º—Como consecuencia de la declaración anterior, el señor Francisco Antonio Arenas está en la obligación de restituír o entregar a la ex-

presada sucesión ya liquidada o a la comunidad aludida el mencionado inmueble, dentro de los diez días siguientes al en que este fallo quede ejecutoriado.

"4º—Se condena en costas a los demandados"

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín conoció en segunda instancia, por apelación interpuesta por la parte demandada, y con fecha dos de febrero de mil novecientos cincuenta y cuatro dictó el fallo correspondiente, que dice así en la parte resolutiva:

".....Confirma los ordinales 1º, 2º y 4º del fallo materia del recurso, con la modificación consistente en declarar que el inmueble materia de la controversia pertenece a las partes, es decir, a Juan Ramón Acosta, Julio E. Betancourt, Francisco Antonio Arenas y Carmen Tulia Arenas, en la proporción que se indica en la parte motiva. Y revoca el ordinal 3º, declarando en su lugar que no es el caso de ordenar la entrega solicitada, por las razones expuestas en la motivación. Se condena al apelante en la mitad de las costas del recurso."

Francisco Antonio Arenas, demandado, interpuso el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, y como él se encuentra debidamente tramitado, se procede a resolverlo.

La sentencia recurrida

El Tribunal Superior de Medellín, después de hacer mención de los antecedentes y de las causas del litigio y de estudiar la sentencia del juez de primer grado, así como de considerar las pruebas presentadas por las partes, se expresa así en la sentencia que es materia del presente recurso:

"Entra el Tribunal en el estudio del problema. Se ha entablado la acción reivindicatoria o de dominio, que es aquella que tiene el dueño de una cosa singular de que no está en posesión; para que el poseedor de ella sea condenado a restituírla. La acción reivindicatoria corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa. La acción de dominio se dirige contra el actual poseedor (artículos 946, 947, 950 y 950 (sic) y 952 del C. C.)

"En primer lugar se observa que conforme a la partición que se practicó en el juicio sucesorio doble de Juan Pablo Arenas y María Teresa Restrepo, se formaron las hijuelas número 1, por la cual se adjudicó un derecho de $ 123.50 sobre un avalúo total dado al inmueble en referencia, de $ 700.00, y la hijuela número 2, en la cual se adjudicó un derecho de $ 380.30, sobre el mismo avalúo. Estas cuotas o derechos fueron rematados por los demandantes Ramón Acosta y Julio E. Betancourt. Y además los mismos rematantes le compraron al heredero Manuel Arenas R. su derecho en la sucesión, en la cual se le adjudicó a dicho vendedor una cuota de $ 65.40, sobre el mismo avalúo total. A cada uno de los otros dos herederos Francisco y Tulia Arenas R. se les adjudicó también un derecho de $ 65.40 sobre el mismo avalúo. Todas las cuotas referidas totalizan el valor en que fue justipreciado el inmueble.

"La partición es título traslaticio de dominio entre el causante los asignatarios (art. 765 del C. C.) Está plenamente establecido que conforme al título de que se ha hablado, el inmueble de que trata el presente juicio fue adjudicado a las partes contendientes en la proporción que se deja expresada.

"Ha sostenido el demandado que no puede prosperar la acción por cuanto Juan Pablo Arenas, el causante, carecía de título inscrito. El hecho es verdad pero la conclusión es inexacta, pues si el causante carecía de título inscrito, también carece de él la parte opositora. Tanto los demandantes como el pretendido dueño exclusivo Francisco Arenas R., derivan sus alegados derechos del causante Juan Pablo Arenas, pues el hecho es que el opositor Arenas R. apenas posee el bien como continuador de la posesión que tuvo su padre, y a partir de la muerte de éste. Y aún hay que tener presente que el mismo Francisco Arenas al dar respuesta a la demanda de partición dentro del sucesorio doble de los cónyuges Arenas-Restrepo, expresamente manifestó que el terreno era de la sucesión, aunque alegó derechos sobre la casa. En todo caso el demandado Arenas no ha probado tener ni mejor ni igual título que el de los actores, ni sobre el terreno ni tampoco sobre la casa. Aunque trató de probar que ésta fue construída por él a sus expensas, el caso es que los mismos declarantes que presentó con tal fin resultaron desfavoreciéndolo.

"También alega el señor apoderado del demandado Francisco Arenas que él sólo vino a tener conocimiento del sucesorio de sus padres cuando se le notificó la demanda de partición, es decir, cuando ya se había incluído el crédito hipotecario por $ 210.00, según su afirmación, ya estaba prescrito. Y que además, el auto de apertura de la sucesión no fue publicado en carteles en forma legal, o al menos no hay constancia de esto, tal como lo certifica el notario 2º de Medellín (Fs. 38, cuaderno de pruebas del opositor). De esto deduce el señor apoderado que todo el jui-

cio mortuorial (sic) está afectado de nulidad. Pero a lo anterior observa la Sala que no es ésta la oportunidad para alegar esa causal anulatoria. Esto ha debido hacerse dentro del sucesorio, y no se hizo".

En el estudio que hace el Tribunal de las pruebas presentadas tanto por el actor como por el demanado, examina lo que dicen los testigos, y partiendo de la escritura número 42 de 1º de julio de 1901, otorgada ante el Secretario del Concejo Municipal de Heliconia, escritura que acredita la venta que Manuel S. Reaza y Joaquín Vélez hicieron del inmueble materia del pleito a Antonio José Restrepo, llega a la conclusión de que Juan Pablo Arenas poseyó materialmente y con ánimo de señor y dueño el citado inmueble, hasta el día de su muerte, acaecida el 17 de junio de 1943, es decir, por más de treinta años.

De las pruebas presentadas por el demandado Francisco Arenas no encuentra el Tribunal que éste haya probado tener ni mejor ni igual título que el de los actores, y pone de presente que el mismo Arenas confiesa que el terreno era de la sucesión de sus padres.

La demanda de casación

Se expresa así el recurrente:

"Acuso el fallo recurrido por violación de leyes sustantivas por aplicación indebida e interpretación errónea, lo mismo que por errores de hecho y de derecho en la apreciación de pruebas, que aparecen de manifiesto en los autos, todo de acuerdo con las causales primera de casación, que establece el artículo 520 del Código Judicial".

Hace en seguida una relación de antecedentes y del litigio, y formula cuatro cargos en contra del fallo objeto del recurso, los que enuncia así:

"Primer cargo.—Incurrió el Tribunal sentenciador en **error de derecho** al apreciar como prueba suficiente del dominio los títulos aportados por la parte actora, consistente en la partición de bienes dentro del sucesorio doble de los cónyuges Arenas-Restrepo, asignando a la partición la calidad de título traslaticio de dominio.

"Segundo cargo.—El **error de derecho** en que incurrió el H. Tribunal en la apreciación de los títulos de propiedad de la parte actora, lo indujo a incidir en el **error de hecho** de no apreciar la prueba testimonial ni la confesión hecha en las posiciones por los demandados ni los fallos ejecutoriados de los juicios divisorios, con lo cual quedó plenamente acreditado que el causante Juan Pablo Arenas, en cuya sucesión se produjo la partición, carecía de título inscrito, que su posesión material no alcanzó a 30 años que le permitieran haber ganado el predio por prescripción adquisitiva de dominio y que la posesión de mi poderdante, por lo menos databa del año de 1943 (fecha de la muerte del causante), muy anterior a al (sic) título contenido por la partición.

"Tercer cargo.—Incurrió el sentenciador en violación de disposiciones sustantivas por aplicación indebida o interpretación errónea.

"Cuarto cargo.—Incurrió el sentenciador en error de derecho al no apreciar como prueba suficiente de la nulidad del juicio de sucesión de los cónyuges Arenas-Restrepo, el certificado expedido por el señor notario segundo del Circuito de Medellín, en donde aparece protocolizado dicho juicio, certificado del cual se deduce que en la expresada sucesión no se publicó en carteles el edicto emplazatorio, tal como lo ordena el numeral 2º del artículo 937 del Código Judicial".

Cita como violadas las siguientes disposiciones sustantivas, respecto del primer cargo: inciso 2º del artículo 762 del Código Civil, artículos 765, 787, 790, 946 y 950 del mismo Código; en el segundo cargo cita como violados los artículos 2531, 673, 756, 762, 787, 790, 946 y 950 del Código Civil; en el tercer cargo afirma que se violaron por aplicación indebida, el artículo 949 del Código Civil, y "también el H. Tribunal aplicó indebidamente e interpretó con error los preceptos contenidos en los artículos 950 y 951 del Código Civil"; por último en el cuarto cargo dice que el Tribunal violó directamente las disposiciones contenidas en los artículos 448, numeral 3º, 957 y 937 del Código Judicial, e indirectamente los artículos 762, 946 y 950 del C. C.

Se considera:

Al formular el primer cargo afirma el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciar como prueba suficiente del dominio los títulos aportados por la parte actora.

Es bien sabido que el sentenciador incurre en error de derecho en la apreciación de las pruebas, cuando les otorga un valor que la ley les niega o les desconoce el valor que la ley les asigna, y en virtud de esa falsa estimación que contraría abiertamente los textos legales sobre tarifa de pruebas, viola esas disposiciones, además de las normas legales sustantivas que se refieren al fondo mismo del asunto que se debate en el pleito.

Si, pues, el error de derecho supone necesaria-

mente la violación de preceptos legales sobre pruebas, es preciso, para que el cargo por error de derecho sea viable en casación, que el recurrente diga cuáles son las disposiciones de esa naturaleza que se han violado por el sentenciador. A este respecto la Corte, en sentencia de 27 de junio del presente año, no publicada todavía en la Gaceta Judicial, se expresa así:

"Cualquiera que sea por tanto la especie de error de que se trata, el error comienza por violar un texto legal sobre pruebas, y el cargo, tanto por error de hecho como de derecho, debe venir respaldado por la disposición legal quebrantada. La doctrina unas veces lo ha exigido así para uno y otro error..... pero otras veces sólo en relación con el de derecho, bastando al de hecho la cita de las disposiciones legales referentes al fondo de la controversia (v. casaciones de 29 de julio de 1912, XIX, 9 y 12 de diciembre de 1932, XLI, 74). De lo cual se deduce que siempre ha sido necesario para fundar el cargo de error de derecho en la estimación de una prueba, la invocación del precepto legal transgredido a causa de dicha estimación, más no así para sustentar el de hecho, respecto del cual no se ha seguido la misma jurisprudencia. En estricta técnica de casación debe señalarse la norma sobre prueba violada en primer grado, aún debido a error de hecho, porque si se omite considerar una prueba, se habrá quebrantado el precepto o los preceptos que otorgan mérito legal a la prueba inadvertida y por cuya ausencia subjetiva se falló el negocio en determinada forma; y si se decide como si la prueba existiera en el proceso, se le habrá concedido el valor que a tal prueba señalan las disposiciones sobre derecho probatorio, las cuales resultan infringidas al ser aplicadas a una prueba inexistente".

En el caso **sub judice,** el recurrente enuncia el cargo pero no menciona ninguna norma sobre pruebas que haya sido violada en primer grado y aún en el caso en que las hubiera citado no se trataría de un error de derecho en la apreciación de la prueba sino de una infracción directa de la ley que señala los efectos o las adjudicaciones en los juicios de sucesión, y por lo tanto el cargo no prospera.

El segundo cargo lo hace el recurrente atacando la sentencia por error de hecho consistente en no haber apreciado el Tribunal las pruebas que fueron presentadas por el demandado.

En el campo de la violación indirecta de la ley sustantiva, ésta se presenta siempre con motivo de la labor investigativa del juzgador en el campo probatorio; y en esa labor puede ocurrir que se equivoque el sentenciador porque dé por acreditado un hecho cuya prueba no existe, o porque niega que se encuentra acreditado cuando la prueba del hecho existe. En esto consiste el error de hecho que debe aparecer de modo manifiesto en los autos, al tenor de lo dispuesto por el artículo 520 del Código Judicial, segunda parte de la causal primera. En la sentencia acusada el Tribunal examinó detenidamente las pruebas para llegar a la conclusión ya citada de que el demandado Arenas no probó que tuviera título de dominio exclusivo sobre el inmueble materia del pleito. En esta apreciación de las pruebas el Tribunal es soberano y debe respetarse su determinación, porque no aparece que hubiera cometido un evidente error, que salte a la vista, y que revele de manera incontrovertible el hecho contrario al afirmado en la sentencia.

Por estas breves consideraciones se concluye que el cargo no prospera.

En cuanto al cargo tercero, que el recurrente hace consistir en que el Tribunal violó disposiciones sustantivas, "por aplicación indebida o interpretación errónea" y cita como infringidas por concepto de indebida aplicación, las normas contenidas en los artículos 949, 950 y 951 del Código Civil, a la vez que estima que el Tribunal las aplicó con notorio error, se considera:

Los demandantes iniciaron la acción encaminada a obtener que se declare que el inmueble determinado en la demanda pertenece exclusivamente a la comunidad formada por los causahabientes en la sucesión doble de Juan Pablo Arenas y de María Teresa Restrepo. Esta acción no es reivindicatoria sino petitoria, puesto que se encamina a pedir que la comunidad sea declarada dueña de la cosa en litigio.

La acción reivindicatoria y la petitoria son distintas y autónomas, aunque tengan algunos puntos de contacto, y en este sentido se pronuncia el juez de primera instancia, en la sentencia de fecha 7 de septiembre de 1953, que fue confirmada por el Tribunal.

En la sentencia recurrida el sentenciador examinó debidamente todos los elementos probatorios aducidos al juicio y llegó a la conclusión, no desvirtuada en el recurso, de que los demandantes son dueños del inmueble, porque lo adquirieron en la sucesión de Juan Pablo Arenas y de María Teresa Restrepo, y porque a su turno el causante Arenas lo había adquirido por prescripción extraordinaria.

Como los demandantes, adjudicatarios de dere-

chos proindiviso en el bien de que se trata, iniciaron la acción en su calidad de comuneros y piden para la comunidad, estuvo acertado el Tribunal al hacer la declaración de que los demandantes tienen razón en sus pretensiones; y no violó por aplicación indebida el artículo 949 del Código Civil, porque los demandantes no pidieron para sí, personalmente, la declaración de dominio de una cuota determinada proindiviso de la cosa común, sino que pidieron para la comunidad y en su carácter de comuneros.

"La comunidad de una cosa universal o singular, que nuestro Código Civil llama impropiamente cuasi-contrato, no es una persona jurídica. De tal manera que en estricto rigor la comunidad como tal, carece de capacidad procesal para ser parte, pues no es una entidad distinta de los comuneros individualmente considerados. La comunidad puede tener un administrador nombrado de acuerdo con los artículos 16 a 27 de la Ley 95 de 1890. Existiendo tal administrador, éste tiene la personería de ella, dice el artículo 22 de dicha ley. En consecuencia, el administrador tiene capacidad para comparecer en juicio en nombre de la comunidad, sea como demandante o como demandado. En realidad, es más preciso decir que el administrador de la comunidad tiene la representación judicial de los comuneros, por lo que se expuso anteriormente. Y su actuación dentro del juicio los perjudica o aprovecha a todos, vinculándolos en todos los efectos de la relación jurídico-procesal, de tal manera que el fallo que se pronuncie dentro del proceso, produce cosa juzgada en favor o en contra de la comunidad.

"Pero si la comunidad carece de administrador, cualquier comunero puede comparecer procesalmente en defensa de los derechos de todos. Cuando el comunero litiga en favor de la comunidad, no es propiamente que asuma la representación de la supuesta entidad, que no existe como persona jurídica, sino que acciona con un interés propio que se confunde con el de aquélla. La gestión procesal de cualquier comunero en beneficio de la comunidad, aprovecha a todos; pero aquella que no la favorece, sólo perjudica al gestor. (Sentencia de la Corte de 1º de abril de 1954. Gaceta Judicial, tomo LXXVII, pág. 346)).

Y tampoco violó el Tribunal, ni por aplicación indebida ni por aplicación errónea, los artículos 950 y 951 del Código Civil, como lo pretende el recurrente, porque tales artículos se refieren a la acción reivindicatoria, ordinaria o especial, y la acción instaurada en la demanda tiene por objeto no reivindicar sino obtener la declaración de que la comunidad, en que tienen parte los demandantes, es dueña, del bien raíz indicado.

En atención a lo expuesto, se rechaza el cargo.

En el cuarto y último de los cargos dice el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho al no apreciar como prueba suficiente de la nulidad del juicio de sucesión de los cónyuges Arenas-Restrepo, un certificado expedido por el notario segundo de Medellín, del cual se deduce que en la expresada sucesión no se publicó en carteles el edicto de que trata el artículo 937, ordinal 2º del Código Judicial.

El Tribunal estimó el certificado aludido y dijo en la sentencia que no puede declarar en el juicio ordinario que está a su estudio, la anulación de un juicio sucesorio porque "no es ésta la oportunidad para alegar esa causal anulatoria. Esto ha debido hacerse dentro del sucesorio, y no se hizo".

Es correcta esta apreciación del sentenciador, y por otra parte el recurrente, al formular el cargo, no cita la disposición legal sobre pruebas que hubiera sido violada con la estimación que del certificado en mención hizo el Tribunal.

Se rechaza el cargo.

En la sentencia de primera instancia el Juez hizo las siguientes consideraciones al examinar las declaraciones que obraron como pruebas de los demandados:

"Aunque sobra insistir en el análisis de estas declaraciones, no debe pasarse por alto esta observación: el testigo Rafael Martínez Atehortúa, quien en la fecha de declarar —diciembre de de 1952— dice tener treinta y siete años, afirma constarle, por conocimiento directo y personal, que desde el año de 1917 Francisco Antonio Arenas posee continua y pacíficamente el lote de terreno y casa aludidos; que desde esa época lo conoció realizando allí toda clase de actos de dueño. Es decir, Martínez Atehortúa resulta casi un genio, puesto que desde que tenía dos años de edad sabía lo que era poseer un inmueble y ejecutar en él actos de dominio, y conservaba el recuerdo de eso.

"Pero hay más todavía: en párrafos posteriores de su declaración, dice que hace unos treinta y ocho años habita en El Hatillo. Por ese entonces, según sus propias palabras, no había nacido.

"Luis Bernardo Mejía afirma conocer los hechos sobre que declara desde unos veintisiete años atrás, desde que él se conoce, y como tiene veintisiete años en el momento de declarar, entonces se conoció y conoció tales hechos desde el mismo memento en que nación".

De lo transcrito se desprende que es posible que se hayan configurado ilícitos penales, y el Tribunal tenía la obligación de ordenar la copia de lo conducente, para que esos posibles ilícitos se investiguen penalmente. El Tribunal al ordenar el cumplimiento del presente fallo dispondrá lo conducente para subsanar la omisión anotada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 2 de febrero de 1954, en el juicio ordinario de Juan Ramón Acosta y Julio E. Betancourt contra Francisco Arenas y Carmen Tulia Arenas.

Las costas del recurso son de cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y vuelva el expediente al Tribunal de origen.

José Hernández Arbeláez. — Manuel Barrera Parra. — José J. Gómez R. — Julio Pardo Dávila. Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

PARTICION DE BIENES EN JUICIO SUCESORIO. — PETICION DE HERENCIA. ACCION DE NULIDAD Y DE RESCISION POR LESION ENORME DE UNA PARTICION

1.—En relación con la causal segunda de casación y de acuerdo con jurisprudencia constante de la Corte, es improcedente la acusación, por incongruencia, contra un fallo que absuelve de todos los cargos formulados en la demanda.

2.—La acción de petición de herencia, consagrada en el artículo 1321 del Código Civil, es acción cuyo ejercicio corresponde al heredero y no a la sucesión, esto es, debe ser propuesta por el heredero en su propio nombre, de tal manera que si hay varios herederos no puede uno solo de ellos asumir la representación de los demás.

3.—La Corte reitera la doctrina conforme a la cual las reglas legales sobre la manera de efectuar la partición de bienes hereditarios quedan sin aplicación cuando los copartícipes acuerdan legítima y unánimemente una cosa distinta de lo que en ellas se establece. (Artículos 1391 y 1392 del Código Civil).

4.—Cuando los herederos son mayores de edad, la adjudicación convenida por ellos que hace el partidor de un inmueble determinado de la sucesión a un acreedor hereditario en pago de su crédito transfiere el dominio al acreedor una vez aprobada y registrada la sentencia de partición; pues hay aquí una dación en pago hecha por quien tiene facultad de enajenar.

5.—Como lo ha dicho la Corte en varios fallos, el derecho a pedir la rescisión por lesión enorme puede cederse. Pero cuando el adjudicatario pierde ese derecho no puede trasferirlo. En el caso de que trata el juicio, la adjudicataria, al vender todos los bienes que le fueron adjudicados en la partición, perdió el derecho a promover la acción de rescisión por lesión enorme y, por tanto, no pudo trasferirlo al demandante.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, a treinta y uno de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Alberto Zuleta Angel.)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio promovido por Campo Elías Aguirre contra Isabel y Luis Aguirre o Campos, y Raimundo, Moisés y Abel Antonio Aguirre.

Antecedentes:

Juicio de sucesión de Claudia Campos. — La apertura de este juicio fue pedida al Juez del Circuito de Facatativá por Raimundo Aguirre, en calidad de cónyuge sobreviviente, y Rosa María, Moisés y Abel Antonio Aguirre Campos, hijos legítimos de la causante. En el escrito correspondiente se lee: "Que antes de su matrimonio los cónyuges Raimundo Aguirre y Claudia Campos tuvieron dos hijos llamados Isabel y Luis Aguirre Campos, legitimados por su subsiguiente matrimonio, de lo cual hicieron manifestación expresa en tal acto y a pesar de haber dejado escritos los respectivos datos, el señor Cura Párroco omitió dejar en la partida la correspondiente constancia. Por esta razón, los suscritos Raimundo Aguirre, Moisés, Rosa María y Abel Antonio Aguirre Campos, como únicos interesados en esta sucesión, con completa capacidad y libre disposición, por nuestra libre y espontánea voluntad expresamente manifestamos: el primero, que reconoce a los nombrados Isabel y Luis Aguirre Campos como sus hijos legitimados por el subsiguiente matrimonio que contrajo con Claudia Campos; y los tres últimos, que reconocen y tienen a los mismos Isabel y Luis Aguirre Campos, como sus hermanos carnales legítimos, por ser todos hijos de nuestros mismos padre y madre y es nuestra voluntad que concurran a la presente sucesión de nuestra madre común en las mismas condiciones y con iguales derechos que nosotros sin distinción alguna; y pedimos por tanto que acepte esa manifestación para que se nos haga

a todos el reconocimiento de herederos con el mismo carácter".

El Juzgado, en auto de 15 de octubre de 1945, declaró a Moisés, Rosa María, Antonio Abel, Isabel y Luis Aguirre Campos como herederos de la causante en su condición de hijos legítimos, y reconoció a Raimundo Aguirre el carácter de cónyuge sobreviviente. Una vez aprobados los inventarios, el juez, a petición del apoderado de todos los interesados, decretó la partición, concedió licencia a dicho apoderado para efectuarla y autorizó la entrega del expediente. Cuando éste se hallaba en poder del partidor, Rosa María Aguirre de Moreno constituyó nuevo apoderado en el juicio. La partición fue presentada el día 15 de marzo; de ella se dió traslado a los interesados por el término de diez días, sin que ninguno de ellos formulara objeciones. El día 9 de abril, un nuevo apoderado de Rosa María Aguirre pidió que se tuviera "como inexistente la partición y se declarara que Isabel y Luis Campos son hijos naturales de la causante", solicitud a la cual accedió el juzgado en providencia que fue revocada por el Tribunal Superior de Bogotá por medio de fallo contra el cual se interpuso recurso de casación que la Corte declaró inadmisible.

Demanda de Rosa María Aguirre, sobre nulidad de la partición. — El Juzgado del Circuito de Facatativá, ante el cual se presentó esta demanda, denegó las peticiones en ella contenidas; en sentencia de 10 de junio de 1950, confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá en fallo de 9 de abril de 1951, siendo de anotar que el recurso de casación interpuesto contra éste fue declarado desierto por la Corte. El tribunal, después de transcribir en lo pertinente el memorial presentado por todos los interesados en el juicio de sucesión de Claudia Campos, al cual ya se hizo referencia, expresa: "Fue en virtud de esa manifestación unánime de todos los interesados en el juicio de sucesión de la señora Claudia Campos de Aguierre, entre los cuales se encuentra la demandante señora María Rosa Aguierre de Moreno, por lo que se hizo la correspondiente adjudicación a Isabel y Luis Aguirre Campos. No hicieron los demandantes cesión de derecho alguno sino que pidieron que a sus hermanos naturales se les adjudicaran en la partida la misma cuota de bienes que a ellos. Se observa que en el presente juicio se ataca la adjudicación de bienes hecha a Luis e Isabel Aguirre Campos, pero no se ataca el acuerdo unánime de los copartícipes; no se pide la nulidad de este acuerdo. Sin embargo, es sobre el acuerdo unánime que se hizo la partición; y tampoco se ataca el auto que declaró a Isabel y Luis como hijos legítimos, y, como ya se dejó dicho, la Corte ha sostenido que al partidor obliga lo que al respecto se haya convenido en el proceso; sus facultades no comprenden la decisión de cuestiones de fondo y no pueden ser siquiera objeto de consulta al juez". Después de citar los artículos 1602 y 1741 del Código Civil, concluye: "La partición que se ataca se hizo de acuerdo con las formalidades de la ley, puesto que se basó en lo convenido por los interesados y se sometió, como es de rigor, a la aprobación del juez. El convenio fue hecho por personas legalmente capaces y no tenía objeto ni causa ilícitas, puesto que darle a unos hermanos naturales unos bienes, no puede decirse que sea una causa ilícita. Si el convenio es lícito, si no adolece de nulidad, no puede anularse el acto de partición que se basa en dicho convenio y no en la calidad de herederos" (C. Nº 6. ff. 5 y ss.).

Escrituras números 1562 y 2298 de 1950, de la Notaría Séptima de Bogotá, sobre venta de Rosa María Aguirre de Moreno a Campo Elías Aguirre. — Consta en el primero de estos instrumentos que Rosa María Aguirre "cede a título de venta en favor del señor Campo Elías Aguirre todos los derechos y acciones que a cualquier título le correspondan o puedan corresponderle en la sucesión de la señora Claudia Campos de Aguirre, en toda clase de bienes, por razón del fallo que se dicte en el juicio ordinario que adelanta en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Facatativá sobre nulidad de la partición hecha en la sucesión de tal señora y la consiguiente exclusión de sus hijos naturales Luis Alberto Campos o Aguirre e Isabel Campos o Aguirre"; y que "en el caso de que el fallo fuere desfavorable a las peticiones de la demanda, la venta que se hace por este instrumento comprenderá entonces todos los bienes relacionados en la cláusula primera de este instrumento", o sea, los que a la vendedora le fueron adjudicados en la sucesión de Claudia Campos. En el segundo de tales instrumentos se aclara el anterior, así: "a). Que la venta que hizo por medio de la escritura Nº 1562 de fecha 19 de mayo de 1950 de la Notaría Séptima de Bogotá, se refiere a los bienes que le fueron adjudicados en la sucesión de su madre la señora Claudia Campos de Aguirre y que se relacionan en la cláusula primera de este instrumento..... c). ....Que su cesionario Campo Elías Aguirre tiene personería suficiente para iniciar y seguir los juicios a que hubiere lugar a

fin de obtener la adjudicación y restitución a éste de los que a aquélla le correspondieren en su condición de hija legítima, ya sea de los que se inventariaron en la sucesión como de los que se dejaron de inventariar o de los que hubieren aparecido o aparecieren con posterioridad a la liquidación de la sucesión, como todos los juicios que fueren necesarios para obtener la revisión de la sucesión mencionada a los que hubiere necesidad de promover contra la partición verificada en el juicio de la sucesión de la citada Claudia Campos de Aguirre" (C. Nº 1, ff. 37 y ss.).

Demanda de Campo Elías Aguirre contra Isabel y Luis Campos o Aguirre y Raimundo, Moisés y Abel Antonio Aguirre. — Ante el Juez del Circuito de Facatativá, pidió el demandante que se hicieran las declaraciones que en seguida se resumen: a). Que Isabel y Luis Campos o Aguirre no son herederos de Claudia Campos de Aguirre; b). Que carece de valor el auto de 15 de octubre de 1945, dictado en el juicio de sucesión de Claudia Campos de Aguirre, en cuanto reconoció como herederos, en condición de hijos legítimos, a Luis e Isabel Aguirre Campos; c). Que no tiene valor ni efectos jurídicos la adjudicación de bienes hecha en favor de Isabel y Luis Aguirre Campos en el juicio de sucesión de Claudia Campos de Aguirre; d). Que los bienes adjudicados a Isabel y Luis Aguirre o Campos en la sucesión de Claudia Campos de Aguirre pertenecen a esta sucesión y deben ser distribuídos entre los hijos legítimos Rosa María Aguirre de Moreno, hoy el demandante como cesionario, Moisés y Abel Antonio Aguirre; e). Que Isabel y Luis Campos o Aguirre deben restituír a la mencionada sucesión los bienes descritos en la demanda; f). Que es absolutamente nula la adjudicación a Raimundo Aguirre en la hijuela de deudas y gastos en la citada sucesión, de un derecho en común con Antonio Abel Aguirre Campos en un terreno denominado "La Doradada"; g). Que Raimundo Aguirre debe restituir a la sucesión el bien a que se refiere la petición anterior, junto con los frutos, como poseedor de mala fe; h). Que no tiene valor ni produce efectos jurídicos el acto de partición en la sucesión de Claudia Campos de Aguirre, sucesión que por tanto se encuentra en estado de liquidación, y cuya partición debe rehacerse; i). Que debe cancelarse el registro de las hijuelas de Raimundo Aguirre, Luis Aguirre, Isabel Aguirre, Rosa María Aguirre, Moisés Aguirre y Antonio Abel Aguirre.

En subsidio: a) Que se rescinda la partición efectuada en la sucesión de Claudia Campos de Aguirre, por causa de lesión enorme en la hijuela de Rosa María Aguirre; y b) Que se encuentra en estado de liquidación la sucesión de Claudia Campos de Aguirre, y que debe rehacerse la partición.

En subsidio de las anteriores: a) Que no tiene valor el acto de la partición de bienes en la sucesión de Claudia Campos de Aguirre, porque en la composición de los lotes no hubo equidad ya que a Rosa María Aguirre de Moreno, cedente del demandante, no se le adjudicaron bienes de la misma naturaleza y calidad que a los otros adjudicatarios, y además se violaron las normas sustantivas sobre adjudicación de bienes; y b) Que la mencionada sucesión se halla en estado de liquidación y debe rehacerse la partición entre el cónyuge sobreviviente y sus hijos legítimos.

Esta demanda fue presentada el día 15 de noviembre de 1950.

Partida de matrimonio católico de Raimundo Aguirre con Claudia Campos. — En la copia autenticada que se acompaña a la demanda, expedida el 18 de julio de 1950, no aparecen designados Isabel y Luis Campos como legitimados. En la copia que se encuentra a folio 3 del cuaderno Nº 6, se lee: "Por este matrimonio y por reconocimiento canónico de los esposos quedaron canónicamente como hijos legítimos, Isabel y Luis, bautizados en esta parroquia el 25 de septiembre de 1902 y el 13 de octubre de 1904. Notifíquese y cúmplase. Jesús Helcías Angel, Viceprovisor, Pedro de J. Chaves, Notario Sust. Firmo la presente partida en virtud de sentencia y mandato del Tribunal Ecctico (sic) de Bogotá, de fecha 2 de marzo de mil novecientos cincuenta y uno en Facatativá, a trece de marzo de mil novecientos cincuenta y uno. Doy fe. P. Julio Rodríguez". Finalmente, a folio 19 del cuaderno Nº 10 se encuentra copia autenticada de una sentencia fechada el 2 de marzo, dictada por el Provisariato de la Curia Primada, en la cual se ordena la corección de la partida de matrimonio de Raimundo Aguirre y Claudia Campos en el sentido de hacer constar la legitimación de Isabel y Luis. Se advierte que en el certificado expedido por el provisorato se anota que Campo Elías Aguirre no intervino en el juicio respectivo.

Sentencia de primera instancia. — Decidió, en resumen: denegar las peticiones principales de la demanda; declarar rescindida por lesión enorme

la partición de bienes hecha en la sucesión de Claudia Campos de Aguirre; declarar en estado de liquidación la mencionada sucesión, lo mismo que la sociedad conyugal Aguirre-Campos; y ordenar una nueva partición entre el cónyuge sobreviviente y los herederos; sin costas.

Contra este fallo ambas partes interpusieron recurso de apelación para ante el Tribunal Superior de Bogotá.

Sentencia acusada. — Resolvió: "1º Niéganse las peticiones tanto principales como subsidiarias de la demanda que sirve de base al presente juicio. 2º Las costas del juicio en sus dos instancias son de cargo de la parte actora. Queda en los anteriores términos **reformada** la sentencia recurrida, o sea la proferida por el señor Juez 1º Civil del Circuito de Facatativá con fecha 8 de mayo del año pasado".

Motivos del Tribunal. — En relación con las cinco primeras peticiones de la demanda, expone el sentenciador: a) Que el demandante ejerce una acción de impugnación del estado civil que sirvió de base al reconocimiento de herederos y consiguiente adjudicación de la herencia; b) Que la acción de impugnación de la legitimidad de los hijos concebidos y nacidos antes del matrimonio sólo compete, de acuerdo con el artículo 248 del Código Civil, a quienes prueben un interés actual en ella y a los ascendientes legítimos del padre o madre legítimamente, y que Rosa María Aguirre carece de tal interés ya que ella celebró un convenio, válido y eficaz, de acuerdo con el cual renunció a parte de su cuota herencial en favor de las personas cuyo estado civil se impugna ahora; y c) Que el término señalado en la ley para proponer la acción de que se trata quedó vencido con anterioridad a la presentación de la demanda. "Resultando, pues, que no sólo no hay interés actual en el actor para el ejercicio de la acción de impugnación de que se trata, sino que dicha acción se encuentra extinguida por el fenómeno jurídico de la caducidad, se impone declarar que no hay lugar a examinar las condiciones del estado civil impugnado, ni, consecuencialmente, las situaciones creadas en virtud del reconocimiento de éste como son la de declaratoria de herederos proferida en el juicio de sucesión de Claudia Campos de Aguirre, el acto de adjudicación de la correspondiente porción de la herencia y su entrega a los adjudicatarios, todo lo cual constituye situaciones creadas que son intocables subsistiendo la causa de que son simple efecto.... En resumen: por falta de acción, no hay lugar a proveer, ni sobre la eficacia del reconocimiento de Isabel y Luis Aguirre Campos como herederos de Claudia Campos de Aguirre en su condición de hijos legítimos del matrimonio Aguirre-Campos, ni sobre la eficacia de la adjudicación de los bienes sucesorales hecha en tal virtud en su favor, ni como es obvio, sobre la obligación de restituir tales bienes a que se refieren las súplicas primera, segunda, tercera, cuarta y quinta principales".

En lo referente a la petición sexta, sobre declaratoria de nulidad de la adjudicación de la hijuela de gastos hecha a Raimundo Aguirre, expresa: a) Que de acuerdo con el artículo 1408 del código civil, "no podrá intentar la acción de nulidad o rescisión el partícipe que haya enajenado su porción en todo o en parte, salvo que la partición haya adolecido de error, fuerza o dolo de que resulte perjuicio"; b) Que Rosa María Aguirre vendió por escritura pública 2298 de 1950 "los bienes que le fueron adjudicados en la sucesión de su madre la señora Claudia Campos de Aguirre", y que por tanto no puede promover la acción de nulidad; c) Que por otra parte, no es nula la adjudicación, ya que conforme al artículo 765 del código civil son títulos traslaticios de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo, y entre ellos están los actos legales de partición, de tal manera que la adjudicación hecha a Raimundo Aguirre le transmitió, mediante el competente registro, el dominio de lo adjudicado, sin que para ello fuera necesario una escritura distinta, como lo estima el demandante: d) Que en el caso de que se trata, la adjudicación es perfectamente válida porque fue el resultado de un acuerdo unánime de todos los interesados, plenamente capaces; y que por tanto, no pueden prosperar ni la petición sexta ni las peticiones séptima y octava, que son consecuenciales.

En lo concerniente a la acción de nulidad de la partición, observa que las razones expuestas con relación a la legitimación en causa de la actora para ejercer la acción de nulidad de la adjudicación de la hijuela de gastos, obran con igual efecto respecto de la petición de nulidad; que en el evento de reputarse a la actora como titular de la acción, ésta no resultaría viable ya que fueron denegadas las peticiones anteriores; y "por lo demás, el punto relativo a la nulidad de la partición con causa en el reconocimiento de Isabel y Luis Campos como hijos legítimos de Claudia Campos de Aguirre, que es uno de los motivos fundamentales de la pretendida nulidad,

ya fue examinado y decididio, lo que sirvió de base a la excepción de cosa juzgada que a dicha acción le opuso la demandada y que el **a quo** reconoció en el fallo que se revisa. Consta efectivamente en autos que la señora Rosa María Aguirre demandó ante el Juzgado del Circuito de Facatativá la declaratoria de nulidad absoluta de la partición tantas veces citada con base en el hecho enunciado de haberse reconocido como herederos y habérseles adjudicado bienes herenciales a quienes no tenían ese carácter, y que tanto el Juzgado **a quo** como el Tribunal negaron la demanda por infundada (fls. 5 y sgts. C. Nº 6).

En cuanto a la petición subsidiaria sobre rescisión de la partición por lesión enorme, anota que la parte demandante no es titular de la acción de acuerdo con el artículo 1408 del Código Civil, como quiera que enajenó los bienes que le fueron adjudicados en la partición. Es verdad que en la venta hecha a Campo E. Aguirre quedaron comprendidos todos los derechos que pudieran corresponderle a la cedente por herencia de su madre, quedando investido el cesionario de "personería suficiente para iniciar y seguir los juicios a que hubiere lugar a fin de obtener la adjudicación y restitución a éste de los que a aquélla le correspondieren en su condición de hija legítima, ya sea de los que se inventariaron en la sucesión, como los que se dejaron de inventariar o de los que hubieren aparecido o aparecieren con posterioridad a la liquidación de la sucesión, como todos los juicios que fueren necesarios para obtener la revisión de la sucesión mencionada o los que hubiere necesidad de promover contra la partición verificada en el juicio de la sucesión de la citada Claudia Campos de Aguirre". "Pero, se repite, esta cesión de derechos no destruye los efectos del acto de enajenación de la porción hereditaria cumplido por la asignataria, porque ellos se produjeron por el hecho y en el acto mismo de la enajenación, de manera que la cedente no podía transmitir al cesionario acciones que virtualmente quedaron fuera de su patrimonio por causa de ese hecho. Con menor razón, tratándose de la acción de rescisión por causa de lesión, cuya cesión resultaría incompatible con la materia del contrato de que se trata".

La casación

El recurrente invoca las causales primera y segunda del artículo 520 del código judicial. Se advierte que la acusación por esta última aparece fundada en los mismos motivos expuestos en el primer cargo que se formula con base en la causal primera.

Causal segunda.

Expone el recurrente: "Quedó plenamente demostrado que la acción ejercida en este juicio no es la impugnación de la legitimación que consagran los artículos 248 y 249 del Código Civil, sino la de petición de herencia que instituye el artículo 1321 del mismo código. Sin embargo de ello, el Tribunal falló sobre la primera y no sobre la segunda. Incurrió de ese modo en la segunda causal de casación por cuanto que el fallo no se halla en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

Causal primera.

Con base en ésta, fórmula el recurrente varios cargos:

Primero.—Violación, por indebida aplicación, de los artículos 248 y 249 del Código Civil, consistente "en haber negado lo pedido en la primera acción principal bajo las súplicas primera a quinta inclusive de la demanda, entendiendo para ello contra toda evidencia que dicha acción es de impugnación de la legitimación, de que tratan los artículos 248 y 249 del Código Civil". Después de observar que Luis e Isabel Campos no fueron legitimados, expresa que por eso "no son herederos en la pretendida pero falsa calidad de hijos legitimados, ni tienen, por tanto, el derecho de herencia que les fue reconocido en el respectivo juicio mortuorio. Y la declaración se pide como base indispensable que es de la acción **petición de herencia** que de manera inconfundible se ejercita como primera principal en la demanda. Esta acción que necesariamente lleva envuelta la negación de la calidad de heredero en quien ocupa la herencia; y cuando el falso heredero pretende serlo con causa en un falso parentesco legítimo con el causante, la acción entraña necesariamente la negación de éste. Esto es, de toda claridad, pone de manifiesto el protuberante error del Tribunal".

Segundo.—Violación, por indebida aplicación, del artículo 2469 del Código Civil, consistente en haber considerado como transacción el contenido de un memorial que se dice firmado por Rosa María Aguirre y que en manera alguna constituye, ni por su fondo ni por su forma, el contrato

de transacción que define la citada disposición del Código Civil.

Tercero.—Violación del artículo 2483 del Código Civil, consistente en haberle raconocido al referido memorial los efectos señalados en la citada disposición.

Cuarto.—Violación de los artículos 2469, 2483, ya citados, por cuanto no consta que el apoderado tuviera el poder especial para transigir exigido por el artículo 2471 del mismo código.

Quinto.—Violación de los artículos 673, 1393, 967, del código civil, proveniente de "haber considerado el Tribunal de la manera más equivocada que en lo referente a la adjudicación hecha a Raimundo Aguirre para pagar el pasivo de la sucesión de Claudia Campos de Aguirre, el adjudicatario era sucesor **mortis causa** de la mencionada causante, siendo de toda evidencia que en ese bien no es tal sucesor como **heredero** ni como **legatario** sino adquirente **irregular** de los herederos a título de dación en pago de un bien raíz", dación en pago que exigía escritura pública de acuerdo con los artículos 1857 y 2577 del código civil. Agrega el recurrente que conforme al artículo 1393 del código civil, el partidor sólo estaba facultado para formar el lote o hijuela que se expresa en el artículo 1343 del mismo código, pero en manera alguna para asignar bienes directamente al acreedor, porque esto implica una dación en pago que debe hacerse por escritura pública.

Sexto.—Violación del artículo 1408 del código civil, por indebida aplicación, al negar la acción rescisoria por lesión enorme "considerando para ello contra la evidencia procesal que aquella acción fue ejercitada por Rosa María Aguirre, cuando quien la ejercitó fue el adquirente de sus derechos y acciones por concepto de toda clase de irregularidades en la mencionada partición".

Séptimo.—Violación directa del artículo 1321 del código civil, consistente en haber desconocido dicho texto, desechando la acción de petición de herencia propuesta en la demanda por quien probó tener derecho a ésta como cesionario de la heredera Rosa María Aguirre, hija legítima de la causante Claudia Campos de Aguirre, contra quien no tiene ni puede tener la calidad de heredero de ésta.

Octavo.—Violación del artículo 2977 del código civil, consistente en haber considerado el tribunal como contrato de transacción y renuncia de derechos el contenido del varias veces citado memorial presentado en el juicio de sucesión, y en haber fallado en consonancia con tal equivocación, siendo evidente que el acto mencionado implica la enajenación o mutación del dominio de bienes raíces y debía, por tanto, sujetarse a la formalidad esencial de la escritura pública, que no se otorgó.

Noveno.—Violación del artículo 2471 del código civil, porque si se considera como transacción lo expresado en el referedido memorial, el apoderado de Rosa María Aguirre, que lo suscribió, carecía del poder especial exigido por la citada disposición.

Décimo.—Violación del artículo 2577, inciso 2º del código civil, por cuanto el tribunal se negó a declarar la nulidad de la adjudicación hecha a Raimundo Aguirre de que trata la súplica sexta de la demanda, siendo evidente que tal adjudicación entraña la enajenación de un bien raíz hecha por los herederos sin la formalidad de la escritura pública exigida en la disposición citada así como en el artículo 1857 del código civil.

Undécimo.—Violación del artículo 1405 del código civil, por no haber decretado el tribunal la rescisión por lesión enorme de la partición. Observa el recurrente que el tribunal consideró que la acción rescisoria es personal e intransmisible y que tal acción fue propuesta por Rosa María Aguirre. Agrega que el demandante no es Rosa María Aguirre sino Campo Elías Aguirre y que la acción rescisoria es cesible, según lo ha dicho la Corte en sentencia de 26 de septiembre de 1941.

Duodécimo.—Violación del artículo 1760 del código civil. Se repite que si el memorial presentado en el juicio de sucesión contenía una transacción o renuncia de derechos, ha debido hacerse constar tal convenio en escritura pública.

Décimotercero. — Error de hecho y de derecho al apreciar el memorial como prueba; en la copia que se trajo al juicio no aparece firmado ni por Rosa María Aguirre ni por el apoderado. No se señala como violada ninguna disposición legal; y

Decimocuarto.—Violación, por indebida aplicación, del artículo 765 del código civil, consistente en haber aplicado dicho artículo en el caso con-

trovertido como si se tratara de la transmisión hereditaria del causante al adjudicatario, cuando en realidad se pretendió efectuar una transmisión de propiedad de los herederos al adjudicatario, sin la formalidad de la escritura pública. La disposición legal citada se refiere a la transmisión del dominio del causante a los herederos, y de ninguna manera a las transmisiones de la propiedad de estos últimos a favor de terceros.

Decimoquinto.—Violación de los artículos 473 y 474 del código judicial. Dice el recurrente, en relación con el fallo dictado en el juicio sobre nulidad de la partición:

"Si lo que quiso expresar el tribunal fue que ya estaba juzgada la misma acción de nulidad que en el presente juicio se ejercita, violó el artículo 473 del Código de Procedimiento Civil y por infracción directa el 474 del mismo código, ambos de carácter sustantivo, porque aplicó el primero a una acción que tiene causas fundamentalmente distintas de las de la acción primeramente fallada, como aparece de la sola lectura de las dos demandas; y porque desobedeció el mandato del inciso 1º del artículo 474 del Código de Procedimiento Civil según el cual para que la cosa juzgada produzca efecto en otro juicio, se requiere que la nueva demanda tenga el mismo objeto y se funde en las mismas causas que la primera. Agrego a lo anterior que las dos acciones en sí también son diferentes, pues la primera versó sobre **nulidad** y la presente es de **petición de herencia.** Por tal concepto, también alego las mismas violaciones antedichas de los artículos 473 y 474 del Código de Procedimiento Civil".

Examen de los cargos.

Debe hacerse en orden lógico y a ello se procede.

Causal segunda.—En relación con ella basta anotar que de acuerdo con jurisprudencia constante de esta corporación, es improcedente la acusación, por incongruencia, contra un fallo que absuelve de todos los cargos formulados en la demanda.

Causal primera.—En lo que respecta a los cargos que, con notorio desorden, formula el recurrente con base en esta causal, se observa:

A)—En concepto del recurrente, el sentenciador, al denegar las peticiones primera, segunda, tercera, cuarta y quinta de la demanda, viola los artículos 248, 249, 2321, 2469, 2483, 2471 y 2577 del código civil.

Sobre lo cual se anota:

Primero.—En la exposición de este cargo no empleó el recurrente los precisos términos usados por el inciso 2º del ordinal 1º del artículo 520 del código judicial. Cree sin embargo la Corte que, dadas las expresiones de la demanda de casación ya transcritas, el autor del recurso alegó errónea interpretación de la demanda por parte del sentenciador.

Segundo.—En realidad, la acción que aparece propuesta en la demanda no es la de impugnación de la legitimación. En efecto: la acción establecida en el artículo 248 del código civil se basa en una impugnación de la filiación y ésta en manera alguna aparece negada en la demanda: claramente dice el demandante que los demandados Isabel y Luis son hijos de Raimundo Aguirre y de Claudia Campos y sólo les niega la calidad de legitimados por el subsiguiente matrimonio de los padres; y por lo que hace a la acción consagrada en el artículo 249 del mismo código, basta observar que, por una parte, sólo se concede al supuesto legitimado y a sus descendientes legítimos llamados al beneficio de la legitimación; y que, por otra parte, la demanda no se basa en la inobservancia de las formalidades establecidas en los artículos 240, 243 y 244 del código civil. En consecuencia, el tribunal no interpretó acertadamente la demanda en cuanto consideró que por medio de ella se ejerció alguna de las acciones sobre impugnación de la legitimación establecidas en las citadas disposiciones legales, las cuales, por tanto, resultan indebidamente aplicadas en el fallo. El cargo es fundado aunque no suficiente para producir la casación, por lo que se expondrá en seguida:

Tercero.—Según el recurrente, en la demanda inicial del juicio aparece propuesta la acción de petición de herencia, y por no haber accedido a ella quebrantó el sentenciador el artículo 1321 del código civil. Sobre lo cual se observa:

a)—Que de conformidad con el artículo 1321 del código civil, "el que probare su derecho a una herencia, ocupada por otra persona en calidad de heredero, tendrá acción para que se le adjudique la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales; y aún aquellas de que el difunto era mero tene-

dor, como depositario, comodatario, prendario, arrendatario, etc y que no hubieren vuelto legítimamente a sus dueños";

b)—Que la acción de petición de herencia, consagrada en la citada disposición legal, es acción cuyo ejercicio corresponde al heredero y no a la sucesión, esto es, debe ser propuesta por el heredero en su propio nombre, de tal manera que si hay varios herederos no puede uno solo de ellos asumir la representación de los demás;

c)—Que en la demanda de que se trata figuran las siguientes peticiones: "Cuarta. Que los bienes que a los señores Isabel y Luis Aguirre Campos les fueron adjudicados en la sucesión de la señora Claudia Campos de Aguirre, pertenecen a la sucesión de la señora Claudia Campos de Aguirre, para ser distribuídos entre sus hijos legítimos Rosa María Aguirre de Moreno hoy su cesionario Campo Elías Aguirre, Moisés y Antonio Abel Aguirre y por iguales partes. Quinta. Que los señores Isabel y Luis Campos o Aguirre, deben restituir a la sucesión de la señora Claudia Campos de Aguirre (aquí la relación de los bienes). Estos bienes fueron los que se les adjudicaron en la sucesión de la señora Claudia Campos de Aguirre y deben restituírlos con sus frutos naturales y civiles, no sólo los percibidos sino los que la sucesión de Claudia Campos de Aguirre hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniéndolos en su poder, y como poseedores de mala fe". Es decir, en la demanda se pide la restitución de los bienes a la sucesión y no al demandante en la parte que pudiera corresponderle;

d)—Que, por otra parte, en la demanda aparecen como demandados los mismos herederos en cuyo favor se solicitan las declaraciones transcritas, situación absolutamente inadmisible como quiera que una misma persona no puede ser, en un mismo juicio, demandante y demandada; a lo cual se agrega que los mencionados herederos se opusieron a las pretensiones expuestas en la demanda;

e)—Que, en consecuencia, si el demandante tuvo el propósito de promover una acción de petición de herencia, es lo cierto que, dados los defectos anotados, no logró realizar en forma adecuada tal propósito. De donde se desprende que no incurrió el tribunal en error de hecho manifiesto ni en violación del artículo 1321 del código civil al no estimar las cinco primeras peticiones de la demanda;

f)—Que a lo expuesto puede agregarse que aún en el caso de que la demanda hubiera sido acertadamente propuesta, no sería posible acceder a las referidas peticiones. En efecto, la adjudicación a Luis e Isabel en el juicio de sucesión de Claudia Campos se hizo, no por tener tales personas la calidad legal de herederos, sino en virtud de un convenio de todos los herederos, expresado en escrito que presentaron al juez, ya transcrito en lo pertinente, convenio cuya nulidad no aparece pedida en la demanda;

g)—Que como el mencionado convenio no aparece atacado en la demanda, no es el caso de entrar a considerar las observaciones que en relación con él formula el recurrente; pero sí conviene advertir a este propósito que la Corte reitera la doctrina conforme a la cual las reglas legales sobre la manera de efectuar la partición de bienes hereditarios quedan sin aplicación cuando los copartícipes acuerdan legítima y unánimemente una cosa distinta de lo que en ellas se establece (artículos 1391 y 1392 del código civil).

Cuarto.—Dice el fallo acusado que Rosa María Aguirre "transigió sobre su legítima" y que por tanto no es titular de la acción sobre impugnación de la legitimación. Como ya se vió, no fue esa la acción propuesta en la demanda, y por consiguiente no es el caso de entrar a considerar los cargos que, respecto de este concepto del fallo, formula el recurrente sobre violación de los artículos 2469, 2483, 2471 y 2577 del código civil.

B)—En lo concerniente a la adjudicación hecha a Raimundo Aguirre, de que tratan las peticiones sexta y séptima de la demanda, se considera:

a)—Que para denegar las referidas peticiones, expuso en primer término el sentenciador:

"La acción de nulidad absoluta, no obstante estar consagrada en interés general de la moral y de la ley, solamente puede alegarse con fundamento en un interés privado, que debe ser actual y positivo, que hiera real, directa y determinadamente los derechos del que se diga lesionado, de acuerdo con el principio de que el derecho no puede reclamarse de futuro. (G. J. Tomo LXII, pág. 41).

"En virtud de este mismo concepto, la acción de nulidad dirigida contra los actos de partición debe ejercitarse por el asignatario que sea titular de un interés efectivo en que tal acto se rehaga para reparar los vicios de que adolezca y que le causan perjuicio. De manera que si aparece que le son indiferentes tales vicios, o ratifica tácitamente lo actuado, debe reputarse que el asignatario carece de ese interés que debe beneficiar la acción de nulidad de la partición.

"Con efecto, el artículo 1.408 dispone que "no podrá intentar la acción de nulidad o rescisión el partícipe que haya enajenado su porción en todo o en parte, salvo que la partición haya adolecido de error, fuerza o dolo, de que le resulte perjuicio"; pues en este caso la ley considera que ha habido una confirmación tácita de la partición, que implica la renuncia de la acción de que dispone el asignatario para destruir el acto nulo borrando sus efectos.

"La causa de la nulidad demandada, de acuerdo con la parte transcrita de las alegaciones de la actora, se pretende apoyar en el hecho de haberse omitido la escritura pública para llevar a cabo la dación en pago hecha en favor de Raimundo Aguirre para pagarle el pasivo de la sucesión.

"De manera que no fundándose la acción de nulidad en error, fuerza o dolo, y habiéndose enajenado por la asignataria "los bienes que le fueron adjudicados en la sucesión de su madre la señora Claudia Campos de Aguirre" como expresamente se hizo constar en la escritura 2.298 de 1950, se impone concluir que no hay legitimación en causa en la actora para incoar la acción de nulidad de la partición por estructurarse mediante ese acto, el presupuesto, ya enunciado, y que sirve de base a la disposición del artículo 1.408 en referencia.

"El hecho de que la cesión contenida en el instrumento público aludido incluyera la de "todos los derechos y acciones que a cualquier título" pudiera corresponderle a la cedente "por herencia de su madre la señora Claudia Campos de Aguirre" en nada modifica la situación contemplada, porque la pérdida de la acción de nulidad de que pudiera haber sido titular la señora Rosa María Aguirre, quedó extinguida por el hecho, y en el acto mismo de haber enajenado los bienes que le fueron adjudicados en la partición, de manera que dicha acción, que ya había dejado de formar parte del patrimonio de la cedente, no podía ser materia de transmisión al cesionario".

b)—Que los anteriores conceptos, fundamentales en la decisión, no aparecen atacados en el recurso y, por tanto, subsisten en casación;

c)—Que, como es bien sabido, cuando una decisión reposa en varios considerandos no basta atacarlo por uno de ellos, sino que es preciso impugnarlos todos. En el caso de que se trata, la acusación se limita a los conceptos del sentenciador referentes a la validez de la adjudicación hecha a Raimundo Aguirre, pero no a los que aparecen en la parte transcrita del fallo;

d)—Que, aunque lo expuesto es suficiente para rechazar los cargos en relación con las peticiones sexta y séptima de la demanda formula el recurrente, la Corte considera conveniente advertir que reitera la doctrina sentada en fallo citado por el sentenciador, conforme a la cual cuando los herederos son mayores de edad, la adjudicación convenida por ellos que hace el partidor de un inmueble determinado de la sucesión a un acreedor hereditario en pago de su crédito transfiere el dominio al acreedor una vez aprobada y registrada la sentencia de partición; pues hay aquí una dación en pago hecha por quien tiene facultad de enajenar;

C)—En lo referente a la acción de nulidad de la partición de que trata la petición octava de la demanda, se observa:

a)—Que para denegar tal petición adujo el sentenciador, en primer término, la consideración fundada en el artículo 1408 del código civil, de que la cedente del demandante, al enajenar todos los bienes que le fueron adjudicados en la partición, perdió el derecho a proponer la acción de nulidad y que, en consecuencia, nada pudo transferir por ese concepto al cesionario, consideración no combatida por el recurrente y que, por tanto, se sustrae a la casación; y

b)—Que, por consiguiente, no es necesario entrar a considerar si con respecto a la acción de nulidad de que se habla existe cosa juzgada; se advierte, sin embargo, que la primera demanda se fundó en el hecho de haberse incluído en la partición a quienes no tenían la calidad legal de herederos, hecho que también se alega como fundamento de la mencionada petición octava.

D)—En lo concerniente a la acción rescisoria por lesión enorme, dijo el sentenciador:

"Como se anotó anteriormente, al enajenar la señora Rosa María Aguirre al señor Campo E. Aguirre todos "los bienes que le fueron adjudicados en la sucesión de su madre la señora Claudia Campos de Aguirre", tácitamente aceptó no sólo la validez de la partición, sino la equidad de la cuota herencial que le fue adjudicada en esa partición, configurándose así el evento que sirve de fundamento a la norma del artículo 1408 de que se hace mérito.

"Es verdad, como igualmente se anotó, que la cesión de que se trata comprendió la de "todos los derechos y acciones" que pudieran corresponder a la cedente "por herencia de su madre" quedando investido por lo tanto el cesionario de "personería suficiente para iniciar y seguir los juicios a que hubiera lugar a fin de obtener la

adjudicación y restitución a éste de los que a aquélla le correspondieren en su condición de hija legítima, ya sea de los que se inventariaron en la sucesión como los que se dejaron de inventariar o de los que hubieren aparecido o aparecieren con posterioridad a la liquidación de la sucesión, como todos los juicios que fueren necesarios para obtener la revisión de la sucesión mencionada o los que hubiere necesidad de promover contra la partición verificada en el juicio de la sucesión de la citada Claudia Campos de Aguirre (escritura 2298 de 1950).

"Pero, se repite, esta cesión de derechos no destruye los efectos del acto de enajenación de la porción hereditaria, cumplido por la asignataria, porque ellos se produjeron por el hecho y en el acto mismo de la enajenación, de manera que la cedente no podía transmitir al cesionario acciones que virtualmente quedaron fuera de su patrimonio por causa de ese hecho".

En contra de lo expuesto por el tribunal en los párrafos del fallo que se dejan transcritos, sólo observa el recurrente: primero, que la acción rescisoria por lesión enorme es cesible; y segundo, que tal acción no fue promovida por la adjudicataria sino por el cesionario.

Sobre lo cual debe observarse:

a)—Que es cierto, como lo dice el recurrente, que el derecho a pedir la rescisión por lesión enorme puede cederse; así lo ha dicho esta corporación en varios fallos. Pero cierto es también que cuando el adjudicatario pierde ese derecho no puede transferirlo. En el caso de que trata el juicio, la adjudicataria, al vender todos los bienes que le fueron adjudicados en la partición, perdió el derecho a promover la acción de rescisión por lesión enorme y, por tanto, no pudo transferirlo al demandante. Este es el fundamento de la negativa del tribunal, contra el cual no se aducen razones legales en la demanda de casación;

b)—Que es cierto, como lo dice el recurrente, que la demanda fue promovida, no por Rosa María Aguirre sino por Campo Elías Aguirre con el carácter de cesionario, pero cierto es también que si aquélla no podía promover la acción tampoco podía hacerlo el segundo ya que, como lo dice el tribunal, no podía la cedente transferirle al cesionario un derecho que no tenía. Se repite que en la demanda de casación no se demuestra, ni siquiera se alega, errónea interpretación del artículo 1408 del código civil.

c)—Que, por lo dicho, no se admite el cargo.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia acusada.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la **Gaceta Judicial.** Devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Alberto Zuleta Angel.—Ignacio Gómez Posse. Agustín Gómez Prada.—Luis F. Latorre U.—Ernesto Melendro L., Secretario.

REIVINDICACION. — CUANDO LAS HIJUELAS DE ADJUDICACION DE BIENES DE UNA SUCESION SON TITULO SUFICIENTE PARA COMPROBAR DOMINIO

1.—La incongruencia entre lo pedido y lo fallado no puede producirse, de ordinario, cuando la sentencia es absolutoria.

2.—Ha sido doctrina constante de la Corte al de que las hijuelas de adjudicación de bienes de una sucesión, aunque estén revestidas de todas las formalidades externas, no son por sí solas prueba de dominio de la cosa adjudicada, pues es preciso acompañar la prueba de dominio que, a su vez se atribuye al causante. Pero ello se dice para oponérselas como título anterior a terceros, y no entre los causahabientes en la misma sucesión.

3. — Aunque el artículo 2669 del Código Civil "previene que la nota de registro se ponga al pie del título, de ahí no se sigue que, en caso de omitirse por cualquier causa esta formalidad, esté vedado obtener en otra ocasión y por otro camino el certificado del Registrador. Como acto de tradición lo esencial es el registro y como prueba el testimonio oficial y escrito del registrador". (G. J., Tomo XXVII, pág. 224 y Tomo LVI, pág. 142).

4.—La denominación errada que el recurrente hace de la acción diciendo que no es reivindicatoria, no impide que dicha acción prospere, comoquiera que lo esencial es que tenga razón en el fondo de sus alegaciones, aunque no le asista en el aspecto formal y accidental de las mismas.

5.—Para hacer una declaración de dominio con base en la posesión material o usucapión, sea ordinaria o extraordinaria, se necesita que ésta no ofrezca lugar a duda alguna, dicho de otro modo, que se tenga certeza plena sobre la posesión con ánimo de dueño por parte de quien la invoca.

6. — "Cuando la sentencia que trata de ejecutarse se refiere a la entrega no de un cuerpo cierto, o de un inmueble determinado por sus linderos precisos, que fuere susceptible de aprehensión material, sino a la entrega de una cosa incorporal, como lo es cierta cuota proindivisa de un terreno común, cuota cuya radicación no puede determinarse respecto de cada comunero sino por efecto de la partición legal del inmueble, la entrega ordenada no pude entonces llevarse a efecto materialmente y con empleo de la fuerza. Tal entrega queda efectuada con el registro de la sentencia, que pone al interesado en capacidad de ejecutar los derechos de comunero, uno de los cuales es el de pedir la partición de la comunidad, y entrega material de la porción adjudicada en la división". (Tomo XXXI, pág. 87).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, primero de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El Juzgado 5º Civil del Circuito de Cali, en sentencia de 7 de diciembre de 1953, negó las peticiones de la demanda presentada por el doctor Manuel Eraso y Pardo, en su propio nombre y como apoderado de Isabel Rocha, Natividad Rocha, Noé Rocha y Manuel García P., contra Jacobo Ankierman, en juicio ordinario de dominio; en consecuencia, absolvió al demandado de los cargos que en ella se le hacen; y declaró que Jacobo Ankierman es dueño del inmueble determinado en el libelo, por haberlo adquirido por prescripción ordinaria (f. 40 v. del c. 1).

El Tribunal Superior de Cali, al revisar por apelación esta providencia, la confirmó en cuanto negó las peticiones de la demanda, pero la revocó en cuanto declaró que el demandado había adquirido el dominio por prescripción (f. 29 del c. 2).

Contra esta sentencia, que lleva fecha de 13 de septiembre de 1954, interpuso recurso de casación el nombrado doctor Manuel Eraso y Pardo, en su propio nombre y en el de Isabel, Natividad y Noé Rocha (fls. 32 a 34 del c. 2), por lo cual debe resolver la Corte lo que estime legal.

Antecedentes

I.—El abogado Manuel Eraso y Pardo, en su

propio nombre y como representante de Isabel, Navidad y Noé Rocha y de Manuel García P., demandó en juicio ordinario a Jacobo Ankierman, para que se declarara que tanto los actores nombrados como el demandado Ankierman "son poseedores inscritos y, por lo mismo, dueños con títulos de igual derecho y de acuerdo con la proporción señalada en la partición de los bienes de la sucesión de la señora María del Rosario Saavedra de Rocha", del lote de terreno ubicado en la ciudad de Cali, en la calle 13, entre carreras 11 y 12, marcado en su puerta de entrada con el número 11 - 88 de la actual nomenclatura, que mide 11 metros con 55 centímetros por los lados oriente y occidente, y 55 metros por los dos costados, de oriente a occidente, y comprendida dentro de los linderos que allí se indican.

Que, como consecuencia de lo anterior, se condene al demandado a que restituya a los demandantes la posesión material, de acuerdo con sus derechos, "quedando en comunidad hasta tanto se haga la partición material o la venta por juicio separado".

Que al hacerse la entrega material del lote se dé preferencia a los demandantes "entregando en la parte donde han construído sus mejoras".

Que se condene al demandado a pagar el valor de las mejoras que éstos han hecho y en proporción de sus derechos.

Que se le condene, igualmente, a pagar los frutos naturales y civiles que los actores dejen de percibir, desde la notificación de la demanda.

Y, por último, que se condene al demandado en las costas del juicio.

II.—Como hechos de la demanda se alegan los siguientes, que en forma sucinta se relatan:

a) Por escritura número 150, de 8 de marzo de 1909, Gabriel Rocha compró para su esposa, María del Rosario Saavedra, al señor Cenón Orejuela, por $ 45.000.00 p. m., el inmueble determinado en la petición primera de la demanda.

b) Muerta doña María del Rosario Saavedra, se hizo partición del inmueble y se adjudicó así: al cónyuge Gabriel Rocha, $ 13.163 milésimos y a Blasina, Raquel, Noé, Natividad e Isabel Rocha cada uno, $ 77.279 milésimos.

c) Pero resulta que Gabriel Rocha le vendió sus derechos sobre el inmueble y los de los demás, pues incluyó en la venta el terreno y un rancho en él construído, a Juan José Ramírez, por escritura 345, de 10 de mayo de 1915, o sea, "vendió lo propio y lo ajeno".

d) Gabriel Rocha adquirió luégo los derechos de Blasina y Raquel Rocha de Jiménez.

e) Juan José Ramírez le vendió el inmueble a Benito Rodríguez; Benito Rodríguez se lo vendió a Francisco Rodríguez; Francisco Rodríguez, a su vez, se lo vendió a Sergio Villa, con pacto de retroventa, que éste cumplió; Rodríguez se lo vendió a Braulio Montes, casado con María Josefa Mosquera; y Braulio Montes y sus hijos le vendieron a Jacobo Ankierman, en 1945, los derechos en la sucesión de la mentada señora, sobre el inmueble que es objeto de este pleito; Natividad, Isabel y Noé Rocha, esto es, los herederos o adjudicatarios del lote distintos de Blasina, Raquel y Gabriel Rocha, le vendieron la mitad de sus derechos en la sucesión de María del Rosario Saavedra al doctor Manuel Eraso y Pardo; y, por último, Manuel Eraso y Pardo le vendió a Manuel García P. un lote de siete metros de ancho por diez de largo, reservándose el resto, en el año de 1950.

f) Jacobo Ankierman y los actuales demandantes Isabel, Navidad y Noé Rocha ejercieron la posesión material del lote, desde el año de 1945 hasta el de 1951, en que el Juzgado 5º Civil del Circuito y el Tribunal de Cali ordenaron entregarlo a Jacobo Ankierman, en el juicio posesorio de éste contra Isabel Rocha.

g) La única vencida en el juicio posesorio fue la mentada Isabel Rocha y, como la oposición de los otros (Natividad y Noé Rocha, Manuel Eraso y Pardo y Manuel García P.) fue desechada, queda a salvo "el juicio de dominio", según el artículo 211 del Código Judicial.

h) El señor Manuel García P. hizo una edificación en el inmueble y el doctor Eraso y Pardo ha hecho algunas mejoras, que enumera, todo lo cual ha pasado a poder del señor Ankierman, quien se ha negado a un arreglo amigable.

i) El lote ha tenido algunas variaciones en sus linderos, como consecuencia del cambio de colindantes, que son los que se dejan apuntados con anterioridad (fls. 10 y ss. del c. 1).

El demandado se opuso a que se hicieran las declaraciones pedidas y propuso las excepciones de "petición de modo indebido, la de prescripción ordinaria y la innominada (sic)" (f. 22 ibidem).

Ya se dijo que el Juzgado del conocimiento declaró que el demandado es dueño del inmueble, como adquirido por prescripción ordinaria; que el Tribunal, luégo de confirmar la negativa del Juzgado a hacer las declaraciones pedidas por los demandantes, revocó la sentencia en cuanto declaró que el demandado Ankierman había adquirido el citado inmueble por prescripción ordinaria; y que contra este fallo del Tribunal de

Cali se interpuso el recurso de casación, que la Corte debe estudiar.

Pero antes conviene indicar cuáles fueron las razones del Tribunal para su decisión, que pueden señalarse así en forma por demás sucinta:

a) La titulación que alegan los demandantes arranca de la escritura número 150 de 8 de marzo de 1909, en que la sociedad conyugal de Gabriel Rocha y María del Rosario Saavedra adquirió el inmueble de que se trata.

b) La escritura número 150, de 8 de marzo de 1909, no se trajo al proceso, y no hay constancia de que las hijuelas se hubieran registrado en el libro de causas mortuorias. Por tanto, los actores no presentaron el título traslaticio de dominio apto para fundar su acción. Y,

c) La sentencia aprobatoria de la partición de doña María del Rosario se registró el 21 de noviembre de 1913, pero las distintas hijuelas no se registraron hasta el 28 de agosto de 1945, y es bien sabido que los bienes del causante no se transmiten al heredero sino con el registro de la partición misma, o sea, de las hijuelas (artículo 759 del C. C.).

El Tribunal pasa a estudiar luégo la situación del demandado Ankierman y concluye sobre la excepción de prescripción:

"El demandado Ankierman al contestar el libelo y por escrito del 28 de enero del año pasado, propuso la prescripción extraordinaria de dominio, no como una contraacción, sino como una defensa. El Juzgador debe seguir orden lógico en la solución de los juicios: primero estudia y decide la acción; si es inicialmente viable, le contrapone la excepción en cuanto sirva para frustrar la acción. Pero si, como ocurre en este pleito, la acción misma no ha sido debidamente probada, no hay para qué estudiar la excepción". Añade el Tribunal que si en el fallo se absolvió al demandado, no ha debido hacerse en su favor una declaración de pertenencia que rebasa los límites del debate. Y concluye:

"La numerosa prueba testifical, los varios certificados de registro, las copias de las sentencias anteriores que no tiene valor legal sino en las causas en que se pronunciaron (artículo 17 del C. C.), no pueden servir como elementos corroborantes de un pretendido dominio no debidamente probado. Y si esto no se ha acreditado, todo lo demás es simple esfuerzo inútil y carece de importancia en el juicio objeto del anterior comentario".

Demanda de casación. — El recurrente hace al fallo del Tribunal cinco cargos, cuatro con base en la causal primera y el último con base en la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial, que la Corte reduce a tres y resume en el orden que en seguida se verá:

1º Hay incongruencia entre la sentencia y las peticiones de la demanda (causal 2ª del artículo 520 del C. J.), pues el Tribunal desconoció la primera petición del libelo sobre reconocimiento de derechos y resolvió sobre la segunda respecto de restitución de la posesión material.

2º El Tribunal violó el artículo 946 del Código Civil, al aplicarlo indebidamente, pues no se pide una reivindicación, sino un reconocimiento de derechos, al tenor del artículo 779 del Código, o sea, el reconocimiento de la comunidad formada entre los demandantes y el demandado, con títulos de igual derecho.

3º El Tribunal violó directamente los artículos 759 y 765 del Código Civil, por errónea apreciación de las pruebas que demuestran los derechos que se reclaman, pues lo que se pide es que se reconozca que tanto los actores como el demandado son "poseedores inscritos con igual derecho, procedentes de un mismo origen".

Violó igualmente el artículo 779 del Código Civil, por error de hecho, pues al considerar, equivocadamente, que la acción era reivindicatoria, desechó los títulos presentados, dos series de testimonios y un documento de arrendamiento, y desconoció, así, una comunidad en que todos tienen iguales títulos y una posesión material ejercitada por todos los comuneros, desconociendo a uno de ellos, el demandado Ankierman.

En fin, también violó el Tribunal los artículos 673, 759 y 765 del Código Civil, por error de derecho, porque la petición de restitución material estaba condicionada al reconocimiento de una comunidad por títulos de igual derecho y porque lo que ordena el artículo 765 del Código Civil es que se registre la sentencia aprobatoria de la partición, lo que se hizo, no obstante lo cual rechazó el Tribunal las hijuelas.

De estos cargos estudiará a espacio la Corte el tercero, que prospera (artículo 538 del C. J.), sin estudiar de la misma manera los otros dos, que no encuentra fundados.

En efecto, para desechar el de incongruencia entre la demanda y la sentencia basta tener en cuenta que, como lo ha dicho repetidamente esta Corporación, la incongruencia entre lo pedido y lo fallado no puede producirse, de ordinario, cuando la sentencia es absolutoria (sentencias de

21 de octubre de 1945 y de 26 de marzo de 1946, G. J., tomo LIX, números 2025-26, página 746 y tomo LX, números 2029-31, página 147).

Y para desechar el de indebida aplicación de las disposiciones sobre reivindicación, apenas debe advertirse que las peticiones de la demanda, los hechos de la misma y los preceptos invocados en ella encajan estrictamente dentro de la acción reivindicatoria, puesto que se demandan cuotas (artículos 949 y 950 del C. C.), del poseedor material (artículos 946 y 952), para la comunidad, como se dice expresamente, y se solicita, además, la entrega material, sujeta esa entrega, eso sí, a la circunstancia de solicitarse para la comunidad. Sobre esto último habrá que volver adelante en su lugar adecuado.

Cargo tercero.—Este cargo comprende al apreciación de las pruebas de la parte actora, en los capítulos primero, segundo y tercero de la demanda de casación, que la Corte resume en la siguiente forma:

a) El Tribunal de Cali, "al hacer el análisis de los títulos aportados al proceso por la parte demandante, dice que no se ha establecido la prueba del dominio para reivindicar, descalificando las hijuelas que se formaron en la sucesión de María del Rosario Saavedra, porque según su apreciación, dichas hijuelas no son títulos de dominio suficientes para reivindicar".

b) Las dos titulaciones que encuentra el Tribunal de Cali "tienen un mismo origen: la partición de bienes hecha en la sucesión de María del Rosario Saavedra, escritura madre de los derechos alegados por demandantes y demandado". Lo cual significa que se hallan en iguales condiciones y que, por tanto, o valen para todos o no valen para nadie.

c) Jacobo Ankierman "adquirió tres derechos, o sea, los correspondientes a Gabriel Rocha, Raquel Rocha y Blasina Rocha, quedando libres los derechos de Isabel, Noé y Natividad Rocha, que luégo se distribuyeron entre los demandantes". Estos derechos "pasaron a liquidarse en el juicio de sucesión de María Josefa Mosquera, adjudicando todo el globo de terreno, sin que ello perjudicara derechos de terceros, porque no es posible traspasar lo que no se tiene" (artículo 752 del C. C.).

d) El Tribunal desechó los títulos presentados, así "como la prueba testimonial recibida a los señores Rogerio Valencia, Alfonso Quesada, Manuel A. Rosero, Ricaurte Ordóñez y Julio C. Ferreira, así como el documento de arrendamiento que obra a folios 7v, desconociendo un comunero y desconociendo también que los "condueños aparecen ejerciendo conjuntamente su derecho de posesión material".

Con estas apreciaciones violó el Tribunal los artículos 673, 765, 779 y 946 del Código Civil, por negarse a hacer la primera declaración pedida en la demanda; "por apreciación errónea de las pruebas"; porque exigió la presentación de la escritura número 150 de 1909, o sea, el título del causante, olvidando que lo que se pide es "el reconocimiento de una comunidad por razón de títulos de igual derecho"; y porque desconoció el registro de la sentencia aprobatoria de la partición, que sí se hizo, como aparece en el expediente.

En síntesis, el recurrente ataca las tres tesis que le sirvieron al Tribunal para su fallo absolutorio: la primera, que no se trajo el título del causante, o sea el de adquisición del lote por parte de Gabriel Rocha y su cónyuge: la segunda, que las hijuelas y la sentencia de partición no aparecen debidamente registradas; y la tercera, que las pruebas de la parte actora son insuficientes y por tanto, que debían ser desechadas, tesis esta última que se considerará en el aparte siguiente.

Se procederá, pues, ahora, al estudio de las dos primeras.

Consideraciones de la Corte.—Dice el Tribunal que "la escritura número 150 de 1909, título originario aducido al efecto para demostrar que la sociedad conyugal Rocha-Savedra adquirió el lote materia del pleito, **no ha venido al juicio**".

Al respecto cabe observar que ha sido doctrina constante de la Corte la de que las hijuelas de adjudicación de bienes de una sucesión, aunque estén revestidas de todas las formalidades externas, no son por sí solas prueba de dominio de la cosa adjudicada, pues es preciso acompañar la prueba del dominio que, a su vez, se atribuye al causante. Pero ello se dice para oponérselas como título anterior a terceros, y no entre los causahabientes en la misma sucesión, como lo ha expresado en varias ocasiones.

Así en fallo de 20 de septiembre de 1938, caso en que se alegó igual razonamiento que ahora, declara que aquella doctrina "es exacta y valedera **respecto de terceros que combaten el derecho de ese antecesor y que no derivan de él sus pretensiones de propiedad y posesión; pero no tiene valimento con relación a los copartícipes o quienes de éstos deriven sus derechos por com-**

pra, porque no disputando el derecho original, la adjudicación en legal forma es título suficiente para demostrar la propiedad exclusiva entre ellos". Y concluye: "El título que se origina en la partición es perfecto entre los copartícipes y entre ellos tiene más bien el carácter de título declarativo de dominio, porque en realidad el efecto retroactivo que obra la partición borra el período de la indivisión y no hace más que declarar el dominio anterior adquirido por la sucesión por causa de muerte". (G. J. tomo XLVII, número 1941, página 233, y se subraya ahora).

Y en sentencia de 22 de mayo de 1940 expresa que los actos legales de partición son títulos traslaticios de dominio "y, por tanto, hay que considerar que la hijuela es título suficiente para comprobar dominio, **siempre que a ésta no se le oponga otro título anterior, pues en este evento hay que remontar la cadena de títulos anteriores a la hijuela hasta dar con uno anterior al opuesto a ella**", como sucede con los demás títulos traslaticios de dominio, así sea la mera posesión. (G. J. tomo XLIX, números 1955-56, página 313 y se subraya ahora).

Mas el Tribunal arguye que "la sentencia aprobatoria de la partición de la señora Savedra de Rocha se registró el 21 de noviembre de 1913, pero la partición misma, o sea, las distintas hijuelas, quedaron sin registrar entonces y no vinieron a la inscripción correspondiente sino el 28 de agosto de 1945", ni aparece que las hijuelas acompañadas a la demanda se hubieran registrado "en el libro de causas mortuorias", por lo cual "carecen del competente registro".

La anotación del Tribunal es exacta por lo que hace a la sentencia misma de partición (f. 3 del c. 1), pero el certificado del Registrador, que hace fe como documento público, dice que se adjudicó el lote de que en este proceso se trata a Isabel, Natividad, Raquel, Blasina y Noé Rocha; que "las hijuelas de estos adjudicatarios fueron registradas el 28 de agosto de 1945 a folio 23, partidas 1984 a 1986 del libro 1º y folio 95 partida 362 del **libro de causas mortuorias**"; que la sentencia aprobatoria de la partición también se registró en el libro de causas mortuorias; y que el juicio se protocolizó por escritura 940 de 21 de noviembre de 1913, de la Notaría 1ª de Cali, "registrada el 15 de febrero de 1918, a folio 33, partida 72 del libro 2º" (fls. 4 del c. 1 y 32 del c. 2).

Como se ve, en este certificado falta la constancia de la adjudicación a Gabriel Rocha, pero a más de ser la correspondiente al causante primitivo del demandado, en la copia de la hijuela consta que sí se le hizo adjudicación y consta que las hijuelas y la sentencia de partición sí se registraron.,

A propósito del registro conviene citar la siguiente doctrina de la Corte, según la cual, aunque el artículo 2669 del Código Civil "previene que la nota de registro se ponga al pie del título, de ahí no se sigue que, en caso de omitirse por cualquier causa esta formalidad, esté vedado obtener en otra ocasión y por otro camino el certificado del Registrador. Como acto de tradición lo esencial es el registro y como prueba el testimonio oficial y escrito del Registrador". (Fallos de 31 de marzo de 1919 y de 22 de septiembre de 1943, G. J. tomos XXVII y LVI, números 1411 y 2001-05, páginas 224 y 142).

En tales condiciones y, habiendo presentado la parte actora títulos que provienen de la sucesión de la mentada señora María del Rosario Saavedra de Rocha, y demostrada la posesión material del demandado, como se verá en seguida, es preciso dictar la sentencia que corresponda (artículo 539 del C. J.), haciendo el examen de las pruebas alegadas y desechadas por el Tribunal.

Por consiguiente, el cargo prospera.

Sentencia de instancia.—Para proferir el fallo que corresponda se hace preciso advertir que la denominación errada que el recurrente hace de la acción diciendo que no es reivindicatoria, no impide que dicha acción prospere, como quiera que lo esencial es que tenga razón en el fondo de sus alegaciones, aunque no le asista en el aspecto formal y accidental de las mismas.

La titulación aducida en el juicio es la siguiente:

En la sucesión de María del Rosario Saavedra de Rocha, se hizo la partición del inmueble, avaluado en $ 400.00 papel moneda, en la siguiente forma, partición que se protocolizó por escritura 940, de 21 de noviembre de 1913:

A Gabriel Rocha, cónyuge sobreviviente	$ 13.605	milésimos
A Blasina Rocha	77.279	"
A Raquel Rocha	77.279	"
A Noé Rocha	77.279	"
A Natividad Rocha	77.279	"
A Isabel Rocha	77.279	"
Total.....	$ 400.00	"

(f. 1 del c. 1).

Estas hijuelas y la sentencia de partición se re-

gistraron tanto en el libro 1º como en el de causas mortuorias, según se explicó antes (fls. 4 del c. 1 y 32 del c. 2).

b) Gabriel Rocha vendió a Juan José Ramírez, por escritura número 345, de 10 de mayo de 1915, de la Notaría 1ª de Cali, el rancho y el terreno, o sea, todo el inmueble, según lo dicen los certificados del Registrador, y como lo acepta el demandado (f. 22 del c. 1º).

c) Gabriel Rocha, adquirió posteriormente, por las escrituras números 513, de 29 de julio de 1918 y 785, de 25 de noviembre de 1918, de la Notaría Primera de Cali, los derechos de Blasina Rocha y de Raquel Rocha de Jiménez, según los mismos certificados y lo admite también el demandado (f. 22, ibidem).

d) Juan José Ramírez vendió el inmueble adquirido de Gabriel Rocha a Benito Rodríguez, incluyendo toda la propiedad, por escritura 607, de 1º de agosto de 1919, de la Notaría Primera de Cali, según los mismos certificados y lo admite el demandado (f. 22 ibidem).

e) Benito Rodríguez vendió dicha propiedad a Francisco Rodríguez, por medio de la escritura número 98, de 22 de noviembre de 1919, de la Notaría de Candelaria (f. 69 del c. 2).

f) Francisco Rodríguez le vendió a Sergio Villa el aludido inmueble, con pacto de retroventa, por medio de la escritura número 737, de 9 de noviembre de 1921 (f. 83 del c. 2). Sergio Villa devolvió el predio a Francisco Rodríguez, por medio de la escritura número 794, de 2 de diciembre de 1921 (f. 84 del c. 2). Y Francisco Rodríguez vendió lo adquirido a Braulio Montes, casado con María Josefa Mosquera, por escritura número 805, de 3 de diciembre de 1921 (f. 77 del c. 2).

g) Braulio Montes y sus hijos, muerta la esposa del primero, María Josefa, le vendieron a Jacobo Ankierman, por escritura número 203, de 26 de enero de 1945, de la Notaría Tercera de Cali, "los derechos que les corresponden" en dicha sucesión (fls. 12 v. y 9 del c. 3).

Tanto en la partición como en la sentencia aprobatoria de la misma se hizo constar que Braulio Montes y sus hijos "hicieron venta de los derechos que les pudieran corresponder en el juicio, radicados en el único bien inmueble inventariado en la sucesión, al señor Jacobo Ankierman (fls. 13 y 14 v. del c. 3).

h) Natividad, Isabel y Noé Rocha vendieron "la mitad de los derechos de dominio" que tienen sobre el inmueble, al doctor Manuel Eraso y Pardo, por escritura 3481, de 14 de noviembre de 1949 (f. 80 del c. 2). E,

i) Manuel Eraso y Pardo vendió a Manuel García P. un lote de 7 metros, de oriente a occidente, y de 10 metros, de norte a sur, situado dentro del predio delimitado al principio, reservándose el resto, según dice la escritura número 3392, de 11 de octubre de 1950, de la Notaría 1ª de Cali (f. 78 del c. 2).

Resumiendo lo que resulta de lo anterior se concluye que es verdad lo que afirma el Registrador de Instrumentos Públicos de Cali, cuando dice: "según la relación de títulos que se ha hecho, los actuales poseedores, en común y proindiviso, inscritos, del inmueble... son Isabel Rocha, Noé Rocha, Natividad Rocha, Jacobo Ankierman, Manuel Eraso y Pardo y Manuel García P." (f. 34 del c. 2).

En efecto, Gabriel Rocha no pudo enajenar los derechos de Noé, Natividad e Isabel Rocha, porque no eran suyos, sino de estas personas. Al efecto, basta citar el artículo 752 del Código Civil, según el cual, si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada.

La proporción de estos derechos debe ser la de la sucesión de doña María del Rosario Saavedra de Rocha. No sólo se deduce de la naturaleza misma de la comunidad, en la que no puede ninguno de los comuneros reclamar dominio sobre parte determinada de la cosa, sino también porque eso fue lo pedido en la demanda, o sea, que tanto los actores como el demandado queden dueños en comunidad del inmueble en disputa.

La identificación del inmueble resulta, entre otras pruebas de la inspección ocular y del dictamen de peritos, en los cuales se indican los linderos actuales del inmueble (fls 93, 94 y 100 del c 2).

La posesión del demandado y la prescripción. Pero lo hasta aquí dicho pierde su valor, si el demandado tiene cumplida la prescripción que alega al contestar su demanda, por lo cual es forzoso estudiar si se halla demostrada esta circunstancia.

Desde luego y, como lo reconoce la parte actora, el demandado está en posesión del inmueble desde que el Tribunal, en juicio posesorio contra Isabel Rocha, ordenó su entrega al señor Ankierman.

El Juzgado, en su fallo de primera instancia, invoca como testimonio demostrativo de la pose-

sión por parte de Braulio Montes, el de Marco A. Montes, quien dice: "Mi papá Braulio Montes compró en 1921 y durante el tiempo que nosotros vivimos ahí, nunca nadie nos fue a molestar para nada absolutamente, hasta que se le vendió a don Jacobo, la propiedad estaba libre de todo. Allí vivimos hasta el año de 1945" (f. 21 del c. 3). De una vez se anota que esta declaración proviene del hijo del mentado Braulio Montes, quien con el declarante y sus hermanso le vendieron a Jacobo Ankierman sus derechos en la sucesión de María Josefa Mosquera.

También invoca el testimonio de Lucas Reyes, quien vivió nueve años en frente del lote y por ello le consta que Montes era su poseedor, que oyó hablar del negocio con don Jacobo Ankierman, y que después de que éste compró le arrendó el predio a Adán Amaya (f. 30 del c. 3). Como el mismo Juzgado lo afirma, este declarante "adolece de vaguedad en sus afirmaciones".

El Tribunal encuentra muy demostrativas estas declaraciones y agrega las de Pedro A. Lenis Núñez y Leonidas Pardo.

Pedro A. Lenis Núñez vio a Braulio Montes poseyendo el lote por más de veinte años, de 1930 a 1954, pues vivía en unas piezas, sin que nadie lo molestara, aunque agrega que también vivían con él otras personas que no sabía si eran de su familia o no lo eran (f. 3 del c. 6º).

Y Leonidas Pardo presenció actos de posesión por parte de Jacobo Ankierman, como hacer una construcción y dar el lote en arrendamiento, pues él fue abogado de este sujeto (f. 5 del c. 3).

Pero el Tribunal, que parece inclinado a admitir la posesión material del demandado unida a la de sus antecesores, que le daría derecho a la declaración de prescripción, no saca conclusión alguna, alegando, como ya se advirtió, que no era procedente, pues que se había absuelto al demandado de los cargos de la demanda.

En el juicio posesorio de Ankierman contra Isabel Rocha se estimaron como demostrativos de dicha posesión del primero los testimonios de Ernesto Díaz Albán y Leonidas Pardo, los comprobantes de pago de impuestos y un documento de arrendamiento.

Ernesto Díaz Albán declara que hizo algunas reparaciones en el lote por cuenta de Jacobo Ankierman y que éste le había dicho que el predio era suyo.

Leonidas Pardo, también declaró en ese juicio posesorio y dice que como abogado intervino en el estudio de la titulación del predio, que su poseedor es el señor Ankierman, pues lo arrendó a Adán Amaya, mejoró la construcción allí existente, instaló servicios sanitarios, eléctricos e hidráulicos e hizo las tapias del lote, esto desde el año de 1945 en adelante.

Ankierman —agrega el fallo— "paga los impuestos predial y arborización y los impuestos de servicio de aseo y alumbrado", en la oficina de catastro aparece el inmueble inscrito en su nombre y, por último, existe un contrato de arrendamiento reconocido entre Adán Amaya y Jacobo Ankierman.

El Juzgado explica que Ankierman perdió la posesión mediante dos juicios, uno ejecutivo en que se denunció como bien para el pago del lote objeto de este proceso y el de lanzamiento seguido contra persona distinta de Adán Amaya, dice el Juzgado.

El Tribunal, en su fallo de 25 de agosto de 1951, encontró acertado el análisis de las pruebas hecho por el Juzgado y confirmó la decisión de éste, a pesar de las pruebas favorables a la posesión por parte de la familia Rocha, consistentes en las declaraciones de Ricaurte Ordóñez, Ignacio Lasso, Julio C. Ferreira, Honorio Escobar y Francisco Jiménez R. Encontró el Tribunal que las pruebas eran inconexas, vagas y conjeturales y, sobre todo, que se había querido establecer una posesión conjunta de los miembros de la familia Rocha y que doña Isabel, la demandada, "no representa a dichos comuneros, legal ni jurídicamente" (fls. 32 a 42 del c. 3).

Así las cosas, se traen a colación las pruebas que contradicen la posesión por parte de Ankierman, así:

Obra en el expediente el documento, según el cual Isabel, Raquel, Noé y Blasina Rocha le dieron en arrendamiento a Pablo J. Plata el lote con su ramada de que aquí se trata por quince pesos mensuales, a partir del 20 de marzo de 1945, documento que no ha sido tachado de falso (artículo 645 del C. J.) y que fue reconocido por los arrendadores (fls. 7 del c. 1 y 91 del c. 2).

Rogerio Valencia declara que vio a los Rochas en posesión del lote "como sus únicas y exclusivas dueñas, haciendo en él toda clase de reparaciones con su propio dinero, limpiezas, dando en arrendamiento habitaciones, sin contar con terceras personas". Después de dar la razón de sus dichos, agrega:

"Aclaro que del año de 1930 al de 1945 las únicas que poseían el lote eran las Rochas y del año de 1945 en adelante ya era en compañía con Jacobo Ankierman y mi razón dada en esta última pregunta de los señores Amayas se refiere del año

de 1945 en adelante", explicando el declarante quiénes y a quiénes pagaban arrendamientos (f. 4 del c. 5º de pruebas del Tribunal).

Alfonso Quesada, que fue "vecino del lote que se me pregunta", expone que los mencionados Rochas ejercitaban la posesión material, porque reparaban la ramada, "pues la casa que antiguamente existía se les cayó y han dado en arrendamiento habitaciones en ese lote". Esto último del arrendamiento le consta por haber sido inquilino de los Rochas, de 1945 a 1947, y dá los nombres de los demás inquilinos. Adán Amaya tenía una "venta de petróleo" y le pagaba el arriendo a doña Isabel Rocha y no a don Jacobo Ankierman. El declarante no conoció a la familia de Braulio Montes ocupando el predio. Por último, repreguntado, afirma que de 1915 a 1945, vivió "frente a los Rochas, en una casa de don Oswaldo García, pues allí me crió mi mamá" (f. 12 ibidem).

Manuel A. Rosero conoce el lote desde hace veintidós años (el declarante dice tener ochenta años) que llegó a Cali y desde entonces "hasta el año de 1945 ejercían actos de dominio y señorío las señoras Natividad e Isabel Rocha y Noé Rocha, de quienes soy amigo personal, estando en posesión material del lote... ejerciendo actos de dominio, como dando en arrendamiento algunas piezas, reparando y haciendo ramadas y todo aquello que hace un dueño sobre lo que le pertenece". Y agrega: "lo que dejo expuesto lo presenciaba cuando iba a ver a las Rochas que ellas hacían fritangas y yo iba a comprarles o a comer allí. Después del año de 1945, las Rochas dejaron en arrendamiento los rachos (sic) que ocupaban. Y un buen día que necesité al doctor Manuel Eraso y Pardo y se me dijo en la oficina de este doctor que podía encontrarlo en la calle 13, entre carreras 11 y 12, fui a allá y lo encontré apersonado en la reparación de una ramada y haciendo construir otra, por lo cual me dijo que no podía atenderme y como el asunto para el cual yo lo buscaba me urgía fui a buscar otro abogado. Posteriormente en ese solar y ranchos vi que tenía establecida una agencia de alcohol y petróleo llamada 'La Estufa' un señor de apellido Amaya, a quien le compraba petróleo para revender en la casa que ocupo y es uno de los negocios que en la actualidad tengo. Posteriormente he visto la edificación de paredes de ladrillo y teja sobre el terreno antes delimitado y, cuando se construía, por curiosidad le pregunté a los obreros que de quién era ese edificio que se estaba construyendo, que de un señor Jacobo Ankierman. No sé desde cuándo el señor Ankierman haya llegado a ser dueño de ese lote de terreno en el cual antes tenía derechos adquiridos el doctor Eraso y Pardo" (fls. 21 f. y v. del c. 5).

Ricaurte Ordóñez también depone sobre actos de posesión por parte de doña Isabel Rocha, entre otros, dar en arriendo el inmueble, como a Pablo J. Plata y Martín Amaya, quienes han ocupado piezas en la enramada y han ocupado el solar "con ventas de toda clase de utensilios"; que conoció a las señoritas Rochas en 1913, que hacían fritangas y cocinaban mazamorra; que las mencionadas Rochas, o sea, Isabel, Natividad, Blasina, Raquel y Noé, junto con sus padres, vivían en una casa de bahareque, que se cayó y que fue entonces cuando construyeron unas piezas también de bahereque, en la parte de adentro, por allá de 1913 a 1915; "el padre de las Rochas poseía fincas en Navarro y manejaba trabajadores, yo vi a varios trabajadores habitando varias de las piezas o habitaciones a que me he referido anteriormente". Y prosigue: "allí nacieron las Rochas y allí murieron los padres de éstas, pero como algunas de ellas se casaron y ya les fue insuficiente para vivir con sus hijos tomaron su casa cada cual y entonces fue cuando arrendaron las piezas en cuestión entre otros a un señor Pablo J. Plata, Adán Amaya y Martín Amaya, Alfonso Quesada, todos estos inquilinos le firmaron contratos de arrendamiento a Isabel y a ella misma le pagaban las mensualidades. Ellas reparaban las piezas o ramadas y a mí me contrataron para que les trabajara en algunas ocasiones. Yo vi los contratos de arrendamiento" (f. 20 del c. 5º).

Julio C. Ferreira declara, asimismo, sobre actos de posesión material, de 1945 en adelante, "tales como conservar unas ramadas de paredes de embutido, techos de tejas, hacer empedrados y blanquimientos y dar en arrendamiento piezas a varias personas, tales como Pablo J. Plata, Alfonso Quesada y a mí para guardar una camioneta de mi propiedad". La señora Isabel Rocha y sus hermanas tenían dominio absoluto sobre dicho lote, pues que ellas, o sea, la señora Isabel, era la que se entendía directamente para hacer reparaciones por su propia cuenta". "Los señores ya mencionados como yo y el señor Adán Amaya también pagaba un arrendamiento a la señora Isabel Rocha y otro arrendamiento pagaba el (sic) señor Jacobo Ankierman yo siempre observaba que mandaba un cheque para pagar a dicho señor mencionado sin saber el valor de tal arriendo" (f. 24 ibidem).

Haciendo el análisis de estas pruebas, hay que concluir que ellas contradicen de manera muy clara y precisa la posesión exclusiva por parte de Jacobo Ankierman y sus causantes, de modo que no le sirven al primero para fundamentar en ellas la declaración de prescripción extraordinaria u ordinaria: las del juicio posesorio son bastante vagas y poco expresivas, y las recibidas en segunda instancia en este proceso acaban de dejar una sensación de incertidumbre sobre el punto de la posesión de que se viene hablando. Más concretamente, no aparece probado con claridad que Braulio Montes, antecesor de Ankierman, hubiera poseído el lote exclusivamente desde 1921 en que lo compró, hasta 1945, en que con sus hijos le vendió los derechos en la sucesión de su esposa. Y para hacer una declaración de dominio con base en la posesión material o usucapión, sea ordinaria o extraordinaria, se necesita que ésta no ofrezca lugar a duda alguna, dicho de otro modo, que se tenga certeza plena sobre la posesión con ánimo de dueño por parte de quien la invoca.

En consecuencia, debe desecharse la excepción de prescripción alegada por la parte demandada en este juicio.

Prestaciones mutuas.—Dice la demanda que el señor Manuel García P. "ha hecho una edificación de ladrillo y cemento dentro del lote" y que el doctor Manuel Eraso y Pardo ha construído "una ramada, empedrados y asfaltados del patio y la puerta de entrada" (hecho décimonoveno) y en la parte petitoria solicita que se condene al demandado "a pagar a los demandantes y en proporción de sus derechos" el valor de "las mejoras que éstos han hecho".

Al hacer la entrega del inmueble al señor Ankierman, en el juicio posesorio, se describe el lote con sus construcciones, así:

"...se trata de un lote de terreno que mide de frente once metros con cincuenta centímetros (11.50 mts.) incluyendo la puerta de entrada, por cuarenta y seis metros setenta centímetros (46.70 mts.) hasta la pared medianera del fondo o lindero occidental, pared construída de ladrillo, sin repello y alta. Al otro lado de esta pared se halla una ramada construída de paredes de ladrillo y cemento y techos de teja de barro, de la cual es propietario el señor Manuel García. Este lote es de pisos de cemento y está ocupado por bodegas y almacenamientos de elementos; está dividido en dos; mide en uno de sus tramos, tres metros con cincuenta y cinco centímetros (3.55 mts.) por diez metros con noventa y cinco centímetros (10.95 mts.) de fondo, descontando siempre el espesor de las paredes limítrofes. El otro local correspondiente a la ramada, en total, tres metros con sesenta y cinco centímetros (3.65 mts.) de ancho, por diez metros con noventa centímetros (10.90 mts.) de fondo, descontando el espesor de las paredes. Local también construído como el anterior de paredes de ladrillo y cemento, techos de tejas de barro y pisos de cemento, que también se halla ocupado como bodega" (f. 67 del c. 3).

Y en otro lugar:

"Al otro lado de esta pared occidental se halla una ramada construída de paredes de ladrillo y cemento y techos de teja de barro, del cual es propietario el señor Manuel García... El dicho local del señor García es de pisos de cemento y está ocupado por bodegas y almacenamientos de elementos. Este local, dividido en dos, como se dijo, mide en uno de sus tramos, de ancho, tres metros con cincuenta y cinco centímetros (3.55), de fondo diez metros con noventa y cinco centímetros (10.95), descontando eso sí, en ambos casos el grueso o espesor de las paredes limítrofes. El otro local correspondiente a la ramada en total mide tres metros con sesenta y cinco centímetros (3.65 mts.), descontando el espesor de las paredes laterales, por diez metros con noventa centímetros (10.90 mts.) de fondo, descontando también el grosor de las paredes. Local también construído como el anterior de paredes de ladrillo y cemento, techos de teja de barro y piso de cemento, que se halla también ocupado como bodega (c. 3º, ff. 43 f. y v.).

Pero hay constancia de que el demandado destruyó las construcciones dichas para levantar en el lote una edificación, como está admitido por ambas partes, de manera que se demanda propiamente es una indemnización por este hecho. El demandado, deberá, pues, restituir el valor de lo que valdrían tales construcciones a los demandantes, en la proporción de sus derechos, como se pide en la demanda.

Igualmente debe pagar a los actores el valor de los frutos civiles que hubiera podido producir el inmueble, en la proporción expresada, desde la notificación de la demanda.

Como el avalúo de tales construcciones y el de los frutos no ha sido hecho en forma aceptable, pues los peritos no dan ninguna razón de sus conceptos (fls. 100 y v. del c. 2), se tasará dicho valor según lo previsto en el artículo 553 del Código Judicial.

Respecto del demandado se dirá al hablar de la entrega lo pertinente en este lugar particular de las prestaciones mutuas.

Entrega material.—No puede ordenarse la entrega material prefiriendo a los comuneros "en la parte donde han construído sus mejoras", porque no se trata ahora de un juicio divisorio y, además, porque esa petición está contradicha por la otra en que se solicita que actor y demandados queden "en comunidad hasta tanto se haga la partición material o la venta en juicio separado". Además, esto último es lo que demanda la naturaleza especial de una entrega de cuota a los comuneros, como lo ha expresado la Corte, en las siguientes doctrinas:

"Cuando la sentencia que trata de ejecutarse se refiere a la entrega no de un cuerpo cierto, o de un inmueble determinado por sus linderos precisos, que fuere susceptible de aprehensión material, sino a la entrega de una cosa incorporal, como lo es cierta cuota proindivisa de un terreno común, cuota cuya radicación no puede determinarse respecto de cada comunero sino por efecto de la partición legal del inmueble, la entrega ordenada no puede entonces llevarse a efecto materialmente y con empleo de la fuerza. Tal entrega queda efectuada con el registro de la sentencia, que pone al interesado en capacidad de ejecutar los derechos de comunero, uno de los cuales es el de pedir la partición de la comunidad, y entrega material de la porción adjudicada en la división". (Casación, 31 de julio 1924, T. XXXI, número 1.603, pág. 87).

"Cuando se trata de derechos en una comunidad, la entrega (o restitución) decretada a favor del demandante, cuyo derecho en la comunidad se ha reconocido, se efectúa poniendo al comunero reivindicante en capacidad de hacer uso de sus derechos en la cosa común". (Casación, 27 de abril 1926, tomo XXXII, números 1.683-1.684, página 320).

"...Cuando no es ya un cuerpo cierto el objeto de la entrega sino la cuota parte de un inmueble, de consiguiente un derecho incorporal, de radicación aún incierta sobre el terreno, entonces no puede haber lugar a la entrega material, por ser imposible jurídicamente, bastando la tradición por el registro. La entrega de derechos en comunidad indivisa, cúmplese legalmente poniéndolo en posesión de los medios adecuados al ejercicio de los derechos que adquiere, cuales son: el de demandar la división como único medio de determinar y concretar la extensión territorial de la cuota respectiva; el de obtener el nombramiento de un administrador para la comunidad, a fin de que ésta sea beneficiada conjuntamente para todos los comuneros; y el de pedirle a la justicia el señalamiento provisional de la porción determinada del bien común que el comunero tiene derecho a explotar en beneficio propio. Y para llegar a estos resultados es medio suficiente la entrega simbólica efectuada por el registro del título.

"Verificada esta tradición, el comunero queda revestido con el derecho perfecto de demandar la división material, conseguir la administración equitativa del bien común o ejercitar cualquiera de los otros derechos previstos en los artículos 2330, 2331 y 2332 del Código Civil, únicas prerrogativas concedidas por la ley al comunero mientras permanece en indivisión, en lo que concierne al disfrute y explotación de la respectiva cuota". (Casación, 31 de mayo de 1938, G. J. tomo 46, número 1.937, pág. 617).

Como advertencia final debe decirse que, como hay prueba de que el demandado hizo o está haciendo una edificación en el lote, quedan a salvo sus derechos como poseedor de buena fe. "Los derechos otorgados al poseedor vencido por los artículos 965 y 966 del Código Civil, como consecuenciales que son de la prosperidad de la acción reivindicatoria, cuando se comprueba que existen —ha dicho la Corte—, pueden y deben ser reconocidos oficiosamente por el juzgador, es decir, sin necesidad de que medie reclamo alguno al respecto, según así lo ha admitido invariablemente la jurisprudencia". (Cas. 3 de junio 1948, LXIV, 415).

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia recurrida, REVOCA la de primera instancia, y en su lugar RESUELVE:

Tanto los demandantes señores Manuel Eraso y Pardo, Isabel Rocha de García, Natividad Rocha, Noé Rocha y Manuel García P., como el demandado señor Jacobo Ankierman, son dueños con títulos de igual derecho y de acuerdo con la proporción señalada en la partición de bienes de la sucesión de la señora Rosario Saavedra de Rocha, del lote de terreno ubicado en la ciudad de Cali, en la calle trece (13), entre carreras once (11) y doce (12), marcado en su puerta de entrada con el número 11-88 de la actual nomenclatura, que mide once metros con cincuenta y cinco centímetros (11-55 ctms.), por los lados

oriente y occidente, y cincuenta y cinco metros (55 mts.) por los dos costados, de oriente a occidente, y comprendido por estos linderos generales:

"Norte, con propiedad del señor Saulo Aponte, antes de María Luisa Otero, pared medianera al medio; por el sur, casa y solar de Domingo Roa y Jaime Castro (hoy herederos) antes de Melitón Hernández y herederos de Damián Vallecilla y Aparicio Molina; por el oriente, calle trece (13) al medio, con la casa marcada con los números 11-79, 11-83 y 11-87, de la actual nomenclatura; y por el occidente, con propiedad de José Perdomo, antes de José María Marulanda".

En consecuencia, se condena al señor Jacobo Ankierman, mayor de edad y domiciliado en Cali, a la entrega de las cuotas del inmueble correspondientes a los demandantes, de acuerdo con sus derechos, quedando todos, demandantes y demandado, en comunidad hasta tanto se haga la partición material o la venta, entrega que se hará según lo dicho en la parte motiva de este fallo.

Se deniega la petición c) de la demanda.

Condénase al demandado a pagar a los demandantes y en proporción de sus derechos el valor de las construcciones que tenía el lote cuando le fue entregado a aquél.

Condénase igualmente al demandado a pagar a los demandantes, en la misma proporción, los frutos civiles que éstos han dejado y dejen de percibir, desde la notificación de la demanda hasta la terminación del juicio.

En cuanto a prestaciones mutuas de que trata el capítulo 4º del título 12 del libro 2º del Código Civil, se fijarán de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 553 del Código Judicial y según lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el proceso al Tribunal de su origen.

Agustín Gómez Prada — Ignacio Gómez Posse. Luis Felipe Latorre U. — Alberto Zuleta Angel. Ernesto Melendro L., Srio.

ACCION DE DOMINIO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, septiembre dos de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse)

La parte demandada interpuso el recurso de casación contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el veinticinco (25) de enero de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954). Se define el recurso.

Antecedentes

En el juicio divisorio que se siguió ante el Juzgado del Circuito de Filandia promovido por José Adolfo, Benjamín, María del Carmen, Mercedes e Ismenia Morales, contra Salvador Granada, Ana Bertilda y María Ester Morales, se adjudicó en pública subasta el inmueble objeto del juicio a Misael Morales Aldana. La diligencia de remate tuvo lugar el veintiocho (28) de mayo de mil novecientos cincuenta y dos (1952); en junio tres (3) de ese año se aprobó aquella diligencia que, según la copia que obra en autos, fue registrada el dos (2) de agosto.

El nombrado Misael Morales Aldana haciendo uso de los trámites de la vía ordinaria demandó a Salvador y José Manuel Granada a fin de que por la jurisdicción se declarara:

a) Que el lote de terreno alinderado en la demanda y que es el mismo subastado en el divisorio, es de la exclusiva propiedad del actor;

b) Que en consecuencia los demandados "están en la obligación de entregar inmediatamente a Misael Morales el inmueble con todas sus mejoras y anexidades";

c) Que la restitución debe hacerse junto con los frutos naturales y civiles en la forma que se anota en el libelo.

Como hechos básicos de la acción se anotaron los que siguen:

"**Primero.**—El demandante es dueño de un lote de terreno ubicado en el paraje de "Villarazo", región de "Piamonte", jurisdicción de Circacia, con todas sus mejoras y anexidades, alinderado así: "De un mojón de piedra que está en el lindero con lote de Josefina Granada y el lote de la hijuela de gastos una recta de longitud de ciento treinta y nueve metros y rumbo magnético número 10-16 E., donde hay un mojón lindero con predio de Raimundo Granada; de aquí en recta a la quebrada de 'Tenches' con rumbo magnético número 48-16 W., al primer mojón punto de partida.

"**Segundo.**—Misael Morales adquirió dicho inmueble por remate que hizo ante el Juez Civil del Circuito de Filandia, dentro del juicio divisorio que el propio Morales y José Adolfo, Benjamín, María del Carmen, Mercedes e Ismenia Morales, siguieron contra Salvador Granada, Ana Bertilda y María Ester Morales, según acta de remate expedida por el Juzgado con fecha 21 de agosto de 1952, remate que fue registrado oportunamente en el libro 1º, tomo 2º, folio 36, partida número 354 el día dos de agosto del mismo año.

"**Tercero.**—A pesar de que Salvador Granada intervino en el juicio divisorio que se mencionó antes, continúa empecinado en sostener que es dueño del terreno y las mejoras, al paso que su hijo Manuel o José Manuel Granada, ocupa la finca con ánimo de señor y dueño, y parece que hizo un rancho en ella que habita con su familia.

"**Cuarto.**—Los Granada vienen sosteniendo que tanto el lote de terreno como las mejoras puestas en él les pertenecen; y

"**Quinto.** — Con esta creencia los Granada se niegan a devolver el fundo a su dueño Morales".

Los demandados se opusieron a que se hicieran las declaraciones impetradas; y en cuanto a los hechos manifestaron que los marcados con los números 1º, 2º y 3º, "son simples afirmaciones, cuya prueba queda a cargo del demandante". Al cuarto contestaron que "se trata de unas mejoras que los demandados aclararán oportunamente; en el 5º se afirma que el actor no ha hablado

con los demandados sobre la cuestión a que el hecho se refiere.

En el fallo de primera instancia se reconoció el dominio del inmueble a favor de Misael Morales con todas sus mejoras y anexidades, debiendo los demandados hacerle la debida entrega en oportunidad legal; se dejó consignado asimismo que Salvador Granada "tiene pleno derecho a percibir la cuota de quinientos pesos que le corresponden como novena parte en el remate del inmueble cuya entrega se ordena si aún no se ha hecho".

El fallo del Tribunal a donde el negocio llegó por apelación confirmó la providencia del inferior con la siguiente reforma: "Los demandados Salvador y Manuel o José Manuel Granada tienen derecho a que se les pague por el demandante Misael Morales la suma de **un mil seiscientos veinticinco pesos** ($ 1.625.00) moneda corriente valor de la mejora o mejoras puestas por ellos, para cuya efectividad se les reconoce el derecho de retención hasta tanto se les pague o se les asegure con caución el importe de dichas mejoras, a su satisfacción".

La casación

El recurrente formula en su demanda dos cargos contra la sentencia, en un capítulo único "causal primera". El primero se expresa así: "Incurrió el Tribunal sentenciador en errores de derecho y de hecho al apreciar como suficiente la prueba del dominio presentada por el actor; y esa equivocación lo condujo a decretar la reivindicación, con lo cual violó indirectamente los artículos 762, 946 y 950 del C. C.".

Para sustentar el cargo el recurrente al transcribir el artículo 762 "declara que en esa disposición se establece una presunción legal de que quien ostenta la situación de hecho de la posesión es dueño de lo que posee, y la ley, considerándolo propietario —en virtud de esa presunción— lo protege como si fuera dueño. Que para alterar esa situación ventajosa del poseedor, vale decir, para privarlo del respaldo que le otorga la ley como a dueño, es preciso que otra persona justifique la sustentación de esta investidura. Porque entonces tiene la acción de dominio, con la cual puede lograr que la justicia le haga entregar la cosa de que otro está en posesión. Tal la reivindicación o reclamo de la cosa. Que para que exista derecho a ese reclamo hay que acreditar debidamente que se ha adquirido el dominio, con la prueba eficaz, y que se adquirió de quien era el verdadero dueño. Porque no bastaría a destruir una larga posesión un título que a última hora se creara para remover al poseedor. De ahí que en tal caso se exija que el título del reivindicante sea anterior a la posesión del demandado, so pena de que no prospere la reivindicación. Si el título de quien intenta reivindicar es posterior a la iniciación de los actos posesorios del demandado, aquél ha de allegar el título de su antecesor en el dominio, anterior en todo caso a la posesión del reo".

Continúa manifestando que la sentencia dá por sentado que los demandados son poseedores del lote objeto de la acción y "que esa posesión es mayor de cinco o siete años desde que les reconoce las mejoras nuevas plantadas por ellos, mejoras que tienen esa edad". Ahora bien, el título que presenta el actor para acreditar su calidad de dueño del predio es copia del acta de la diligencia de remate del mismo, efectuado el 28 de mayo de 1952, aprobado el 3 de junio del propio año, y registrado, según se transcribe en el texto de la copia, el 2 de agosto de 1952. Por manera el título del actor sólo tenía un año cuando hizo la inspección en que se examinaron las mejoras, la que lleva fecha 10 de septiembre de 1953".

Critica la sentencia cuando en la parte motiva declara que en virtud del remate hecho por uno de los demandados de la novena parte del inmueble cuestionado en el juicio, los actos posesorios que ejercieron los realizaron a nombre de la comunidad y en forma integral "dada la ausencia de prueba en contrario", y dice el recurrente que "si ello hubiera sido así, no se justificaba el juicio reivindicatorio ya que en definitiva la posesión la habría tenido la comunidad, es decir, la parte que hizo la transferencia en el remate y entonces habría bastado ordenar la entrega por vía del juicio posesorio, como lo manda el artículo 887 del C. J". Se refiere a los testimonios que obran en autos para deducir que la posesión de los demandados tenía una anterioridad de diez y ocho años.

Para sostener la tesis de que el título del reivindicante debe ser anterior a la posesión del demandado, cita varias doctrinas de la Corte al respecto. Y agrega: "Se me dirá que en el presente pleito lo que hay es confrontación de títulos por cuanto los demandados adquirieron en remate una novena parte del bien común el año de 1936. Pera esa no es la situación planteada en la contestación de la demanda, ni los demandados están alegando mejor derecho sobre una novena parte del inmueble por haberla poseído conforme

a título. Lo que han sostenido y así lo confirma el actor en los hechos 3º, 4º y 5º de la demanda, es que les pertenece la totalidad del terreno y que lo han poseído con señorío exclusivo. De suerte que, al no admitir título referente a todo el terreno y basar sus pretensiones al dominio en la posesión que sobre todo el inmueble han ejercido, tienen enfrentada tal posesión al título presentado por el actor".

Por último el recurrente objeta la validez del registro de la diligencia de remate y auto aprobatorio, que se reprodujo en la copia expedida por el Juzgado, registro verificado el dos (2) de agosto de mil novecientos cincuenta y dos (1952). Hace cita de los artículos 1502, 930 del C. J. y 2670 del C. C., y afirma que el sentenciador incurrió en error de derecho al dar como probado el dominio con un elemento producido sin los requisitos que la ley exige para darle valor.

La Corte considera: Claramente este cargo lo configura el actor como violación indirecta de la ley sustantiva por errores de derecho y de hecho en la apreciación de la prueba de dominio presentada por el actor.

El cargo reviste gravedad en cuanto se afirma que el título presentado por el actor en el juicio es posterior a la posesión de los demandados; si él prospera se impondría la casación del fallo. Pero el proceso demuestra lo contrario, como pasa a verse:

En conformidad con la misma prueba traída por la parte demandada (c. número 3), obra en autos copia de la providencia proferida por el Juzgado del Circuito de Filandia el 14 de enero de 1952 y en virtud de la cual se decretó la división del lote que es materia de la presente acción. En la parte motiva de ese proveído se dijo que Misael, José Adolfo, Benjamín, María del Carmen, Jesús Antonio, Mercedes e Ismenia Morales demandaron a Salvador Granada y otros, "como comuneros de igual derecho" para que se vendiera el citado inmueble a objeto de repartir entre las partes el valor de la venta. Y dice ese fallo: "En obedecimiento al inciso 2º del artículo 1135 del C. J., el actor acompañó con la demanda la escritura número 199 del 13 de junio de 1929, debidamente registrada y extendida en la Notaría de Circacia, por la cual Simón Cifuentes vendió a los demandantes y demandados en este juicio el lote de terreno cuya división se trata, y certificado sobre la suficiencia de aquel título y de que los demandantes..... y los demandados Salvador Granada..... son actuales poseedores inscritos del referido inmueble. De la posesión inscrita se excluye al demandante Jesús Antonio Morales porque su derecho fue subastado por el señor Juez Municipal de Circacia el 11 de marzo de 1936 y adjudicado al demandado Salvador Granada". En la misma pieza se anotó que Salvador propuso la excepción de prescripción, "la que fundó, dijo, en el hecho de que el demandado penetró al inmueble mediante título inscrito, y en una posesión suficiente conforme a la ley y para prescribir en su favor el inmueble en mención. Pero como no acompañó título de ninguna clase y desistió de la oposición porque no constituyó la caución de perjuicios que se le exigió, tal medio exceptivo se quedó sin prueba y por consiguiente sin eficaciá legal para enervar la acción". Fue la misma parte demandada la que adujo al juicio (c. número 4) copia de la diligencia de remate en que le fue adjudicado a Salvador Granada por la suma de **ciento cincuenta pesos** la novena parte del inmueble que se está cuestionando. Esa diligencia se verificó el 11 de marzo de 1936.

Con estas comprobaciones se establece:

a) Que el demandado en el juicio a que se refiere la casación lo fue también en el juicio especial en el que en su carácter de comunero se ordenó, de acuerdo con lo pedido, la venta del inmueble para repartir su producto por iguales partes entre los comuneros.

b) Que en ese juicio especial se llevó el título que acreditaba el dominio de la comunidad y se demostró su suficiencia.

c) Que Salvador Granada hizo oposición a la acción divisoria instaurada, y que esa oposición no le prosperó.

De estas demostraciones plenas que mantienen la integridad de su valor probatorio, se deduce:

1º El título presentado por el actor en la reivindicación es suficiente para acreditar el dominio porque tiene el mismo origen que la copia de remate de la novena parte del inmueble, prueba ofrecida por el propio señor Granada; éste, como parte en el juicio divisorio, no es tercero, y por lo tanto, al actor no le era preciso presentar títulos anteriores al remate del bien que subastó, título que, por otra parte, fue llevado al especial, según se ha demostrado, y que se remonta al trece (13) de junio de 1929.

2º Habiendo intervenido Granada en el divisorio como parte demandada, y sin éxito en la oposición que hizo, la providencia en que se ordenó la subasta con base en el título que acreditó el dominio de los comuneros en el inmueble, hizo para Granada tránsito a cosa juzgada

en armonía con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 473 del C. J. No hay disposición que autorice el juicio ordinario para discutir el fallo pronunciado en ese juicio especial. Por lo tanto no puede hoy alegar una posesión personal directa y exclusiva sobre el inmueble que se reivindica con anterioridad a aquella actuación cuando en el especial se le consideró y se resolvió su situación jurídica como comunero de cuota.

3º El título anterior a la posesión de los demandados que exige el recurrente, sería la escritura pública número 199 de 13 de junio de 1929, que hizo fe en el juicio divisorio contra el comunero señor Granada, hoy demandado en el reivindicatorio. Ninguna prueba se ha traído al juicio que en forma clara y precisa pudiera aceptarse como demostrativa de una posesión anterior a esa fecha.

Respecto del ataque hecho al título mismo presentado con la demanda, copia auténtica de la diligencia de remate, de su auto aprobatorio y de la respectiva nota de registro, expedida por el Juez y Secretario del Juzgado del Circuito de Filandia, el recurrente afirma que "no se trajo debidamente a los autos, y, por tanto, no hace fe. En efecto, conforme al artículo 1052 del C. J., "la diligencia de remate, y el auto de su aprobación, se equiparan a escritura pública..." ¿Y en qué forma se trae la escritura pública a los autos? Nos lo dice el artículo 630 del C. J.: "La escritura pública, para ser estimada como prueba, se presenta por las partes en copia autorizada por el funcionario encargado del protocolo y con la nota de haberse hecho el registro en la forma debida". El artículo 2670 del C. C., dispone la forma en que el Registrador anota sobre una copia de un título ya registrado la constancia de que lo fue debidamente. Sin esa nota, la copia no se tiene como prueba...".

Estos conceptos son equivocados: la diligencia de remate y su auto aprobatorio se equiparan probatoriamente a una escritura pública pero no son una escritura pública; son un instrumento público que hace plena prueba en juicio de acuerdo con el mandato del artículo 632 ibidem, tanto más cuanto que estas pruebas fueron acompañadas a la demanda sin haber sido objeto de tacha alguna durante las instancias (artículo 207 del C. J.). Por otra parte, del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados que obra en el juicio se establece que la diligencia de remate y el auto aprobatorio respectivo fueron registrados como lo anota la copia de registro insertado en la prueba de que se viene tratando.

La Corte al analizar este cargo bien hubiera podido limitarse a rechazarlo de plano por contener medios nuevos no debatidos en instancia; porque el cargo se ha formulado no como violación directa de normas sustantivas infringidas por el fallador dentro de los predios de puro derecho, sino en forma indirecta, por errores de hecho y de derecho en la apreciación de pruebas presentadas por el actor en el juicio, cuando en instancias se guardó silencio sobre el valor mismo de esas pruebas que no le merecieron reparo alguno.

La defensa se proyectó (escrito de segunda instancia) alegando la excepción de prescripción ordinaria, que no le prosperó, con base "en título inscrito" o sea la diligencia de remate de la novena parte del inmueble.

Consecuencialmente se rechaza el cargo.

"El Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho al apreciar las pruebas relativas a la propiedad de las mejoras existentes en el terreno en disputa, y al no apreciar otras, equivocación que lo condujo a reconocer en favor de los demandados sólo una mínima parte de las que les pertenecen, con lo cual violó por vía indirecta los artículo 739 —aparte segundo—, 966, 2331 y 2332 del C. C."

El cargo se fundamenta en lo siguiente: La sentencia recurrida declara que los demandados en el juicio tienen derecho a que se les pague por el demandante Misael Morales la suma de **un mil seiscientos veinticinco pesos** ($ 1.625.00) como valor "de los cafetales nuevos con sus respectivos sombríos", mejoras éstas puestas por los Granada. El recurrente cree que el fallador ha debido también reconocer la suma de **cuatro mil ochocientos cincuenta pesos** ($ 4.850.00) "valor de las mejoras viejas (cafetales y casa de habitación) a que aluden los peritos en el dictamen producido en el juicio. El recurrente estima o cree que el fallador incurrió en error de hecho porque no tuvo en cuenta algunas pruebas testimoniales que el Tribunal desecha porque los declarantes deponen "mecánicamente que todo lo mejorado en la finca es producto del trabajo de los señores Granada y por cierto lo afirman escuetamente sin dar razón de sus dichos".

Los deponentes son los señores Bernardo Uribe, José Hipacio Sánchez y Manuel Marín, quienes hablan de que las mejoras existentes en la propiedad (mejoras que no se especifican en forma alguna) fueron puestas por los Granada y que eso les consta porque el señor Salvador Granada era quien les pagaba el trabajo. Suficiente

facultad tiene el fallador para apreciar estos testimonios en la forma en que lo hizo, porque ellos no precisan la calidad y naturaleza de las mejoras a que se refieren e incurren en contradicciones con otras pruebas del expediente como pasa a verse: Las declaraciones rendidas en la inspección ocular practicada por el Tribunal y solicitadas por la parte demandada (Marco Aladino, Julio Cardona Ospina, Miguel Antonio Castañeda) manifiestan que no les consta quién hubiera plantado las mejoras existentes en el fundo (Castañeda); que nada sabe sobre tales mejoras ni conoce los linderos de la finca (Ospina) y que no vio sembrar a los Granada en el inmueble (Aladino).

Pero es el mismo demandado quien en memorial visible al folio 3 del c. número 4 (pruebas pedidas al Tribunal) al solicitar que se reciban las declaraciones que se acaban de comentar, expresa: "Dirá el declarante si conoce el inmueble objeto de la inspección y desde qué tiempo, y si sabe y le consta cómo las mejoras existentes en dicho lote excepción hecha de **una vieja mejora de café** (subraya la Corte), de una extensión aproximada de media cuadra fueron puestas por los demandados...".

Así los peritos expusieron refiriéndose a las mejoras: "más o menos las tres cuartas partes del cafetal es viejo o sea de unos 20 años aproximadamente (antigüedad que supera a la posesión que alegan los demandados, observa la Corte), y la otra cuarta parte del cafetal nuevo —resiembras— de unos cinco a siete años, intercalado indistintamente. La casa es vieja, según se deduce de su apariencia y mal estado".

Teniendo en cuenta estas pruebas no aparece el error de hecho a que alude el recurrente, error que debe ser manifiesto para que prospere en casación.

Se rechaza el cargo.

En mérito de lo dicho la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia objeto del recurso.

Sin costas porque no se produjeron.

Publíquese, cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Ignacio Gómez Posse — Agustín Gómez Prada. Luis Felipe Latorre U. — Alberto Zuleta Angel. Ernesto Melendro Lugo, Srio.

POSESION NOTORIA DEL ESTADO CIVIL DE HIJO NATURAL. — ELEMENTOS. TECNICA DE CASACION

1.—Como lo ha expresado la Corte "el quebrantamiento del artículo 494 del Código Judicial implica la violación de un derecho sustantivo, que encaja en la causal primera, no en la de otro orden".

2.—Una cosa es que la resolución de un juez o tribunal sea equivocada, por exceso o por defecto, y otra que carezca de la jurisdicción y competencia para decidir el negocio.

3.—Innumerables son las doctrinas de la Corte en que se sostiene la tesis de que la casación no es una tercera instancia en que se analicen nuevamente las pruebas; que los tribunales son soberanos en la apreciación de las mismas; y que, por lo tanto, la acusación por error de hecho tiene que contraerse a concretos y determinados elementos probatorios, todo lo cual conduzca a la convicción del error evidente o manifiesto del fallador, y no fundarse en una crítica general de todos los elementos que condujeron a definir en determinado sentido la controversia entre las partes.

4.—Dice el artículo 6º de la Ley 45 de 1936 que la posesión notoria del estado de hijo natural consiste en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general, lo haya reputado como hijo del dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento. El tratamiento de hijo en tales condiciones, durante diez años, conformado por la fama es, pues, lo que la ley consagra como circunstancia que dá base para dar por acreditada la posesión notoria del estado de hijo natural, sin que sea necesario que el padre le haya dado al hijo su apellido, ni le haya dado el consentimiento para el matrimonio, como aquí se alega.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, cinco de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Agustín Gómez Prada)

El Tribunal Superior de Pereira, en sentencia de 20 de octubre último, contra la cual interpuso el apoderado de la parte demandada el recurso de casación, resolvió lo siguiente:

1º—Confirmó la sentencia de 21 de octubre de 1953, pronunciada por el Juez Civil del Circuito de Calarcá, en el juicio ordinario de María de la Cruz Rodríguez contra la sucesión de Eusebio Machado Novoa, representado por Eusebio Machado y otros, en cuanto por dicho fallo se declara que la nombrada María de la Cruz Rodríguez tiene la calidad de hija natural del extinto Eusebio Machado Novoa.

2º—Revocó la misma sentencia en cuanto concierne a las declaraciones hechas en la segunda parte del ordinal 1º y en los ordinales 2º, 3º, 4º y 5º de su parte resolutiva, y en su lugar se deniegan las demás peticiones de la demanda y se absuelve a los demandados de las restantes súplicas. Y,

3º—Condenó a los demandados a pagar las costas de la primera instancia, pero declaró que no había lugar a ese pago en la segunda.

Para mejor comprender lo resuelto por el Tribunal, se anota lo siguiente:

La segunda parte del ordinal 1º del fallo del juzgado declara que, como consecuencia de la declaración de filiación natural, la menor María de la Cruz Rodríguez es heredera universal, abintestato, del causante Eusebio Machado N.

Y en los ordinales 2º, 3º, 4º y 5º del mismo fallo del Juzgado se declara: que Salomón, Nicolás y Laureano Machado Novoa no tienen la calidad de herederos de su hermano legítimo Eusebio Machado N., como tampoco los sobrinos del mismo sujeto, Carmen Emilia, Jesús Arturo, Carlos Ernesto, Angela Rosa, Paulo Emilio, Antonio Luis, María Esneda, Bertilda, Alejandrina, Miguel Angel, Francisco Evelio, Otilia y Pedro Nel Machado Otálvaro, hijos de Alejandro Machado Novoa; que los bienes determinados en el hecho 10 de la demanda pertenecen a la sucesión de Eusebio Machado N., representada por su hija na-

tural María de la Cruz Rodríguez de Padilla; que las personas nombradas en el ordinal 2º están obligadas a restituir a la mentada heredera María de la Cruz los bienes aludidos, con sus frutos naturales y civiles percibidos desde la muerte del señor Machado; y que no se condena en costas (fls. 112 y ss. y 93 y ss. del c. 1).

Antecedentes:—El curador ad litem de la menor adulta, María de la Cruz Rodríguez de Padilla, promovió juicio ordinario contra la sucesión del señor **Eusebio Machado Novoa,** reprsentada por sus hermanos Nicolás, Salomón, Laureano y Alejandro y, como éste había fallecido, representado, a su vez por sus hijos, para que se hicieran seis declaraciones: que la nombrada menor es hija natural de Eusebio Machado Novoa; que, por tanto, es heredera universal, abintestato, de éste; que, como consecuencia, las personas demandadas no tienen la calidad de herederos del causante; que los bienes determinados en la demanda pertenecen exclusivamente a la sucesión, representada por su hija natural María de la Cruz Rodríguez de Padilla, a quien se le adjudica la herencia; que los herederos aludidos están obligados a restituírle a María de la Cruz Rodríguez de Padilla los bienes indicados, con sus frutos naturales y civiles, percibidos desde la muerte de Machado Novoa; y que la parte demandada debe pagar las costas del juicio.

La demanda tuvo apoyo en doce hechos, que se resumen así: Eusebio Machado Novoa estableció relaciones sexuales estables con Teresa de Jesús Rodríguez, desde 1933 hasta su muerte, ocurrida el 2 de septiembre de 1951, siendo ambos solteros; el 2 de febrero de 1935 nació María de la Cruz Rodríguez, como fruto de esas relaciones; Eusebio Machado atendió siempre a la subsistencia, educación y vestuario de la menor, tratándola como hija y presentándola como tal ante la sociedad y ante sus parientes y amigos, durante más de quince años; ésta, a su vez, lo respetaba, trataba y tenía como a su verdadero padre; los vecinos reputaron a María de la Cruz como hija natural de Eusebio; éste le regaló a su hija dos lotes de terreno con algunas mejoras, en la fracción de Peñasblancas, que le entregó en posesión, pero de los cuales no pudo hacerle escritura, debido a su fallecimiento; además, suscribió una carta en que confiesa de manera expresa que es padre natural de María de la Cruz; como los padres de Machado habían muerto, no dejó ascendientes legítimos, ni dejó tampoco hijos naturales, fuéra de la aludida menor; el Juzgado del Circuito de Calarcá, en el juicio de sucesión de Eusebio Machado, reconoció a los hermanos de éste como herederos del mismo, según queda expresado; pero ellos no son los llamados a suceder al causante, sino su hija natural ya nombrada; las personas varias veces aludidas están administrando y poseyendo materialmente los bienes del causante, que se enumeran; también promueve la acción de petición de herencia y se solicita que se ordene a los herederos reconocidos que restituyan esos bienes a la menor María de la Cruz.

Los demandados se opusieron a que se hicieran las declaraciones pedidas.

Como ya se dijo, el Juzgado declaró a la menor como hija natural de Eusebio Machado N., ya fallecido, e hizo todas las declaraciones consecuenciales solicitadas en la demanda, pero no hizo condenación en costas. El Tribunal sólo confirmó aquella declaración de ser María de la Cruz Rodríguez de Padilla hija natural de Eusebio Machado, la revocó en lo demás y expresó que condenaba en las costas de la primera instancia a la parte demandada.

Tales son los antecedentes de este negocio, mas antes de entrar al estudio de la casación, conviene hacer una breve reseña de la sentencia del Tribunal.

Sentencia del Tribunal.—Los puntos contemplados por el Tribunal en su sentencia son, en síntesis, los siguientes:

a).—En este juicio se invocaron como causales para la declaración de paternidad natural las contempladas en los ordinales 3º, 4º y 5º de la Ley 45 de 1936, o sea, el reconocimento escrito del padre, las relaciones sexuales estables entre el padre y la madre natural, y la posesión notoria del estado de hijo natural.

b).—No está probado el reconocimiento escrito del padre, porque la carta de 19 de septiembre de 1949, en que se estima hecho, carece de autenticidad.

c).—"Las relaciones sexuales estables no han quedado satisfactoriamente comprobadas", pues aunque el Tribunal admite que "sí está demostrado el hecho de que Eusebio Machado y Teresa Rodríguez vivieron bajo el mismo techo, durante más de diez años, y que en concepto de los que los conocieron vivieron maritalmente, concluye que no puede afirmarse que el nacimiento de María de la Cruz hubiera sido "consecuencia de esas relaciones".

d).—Pero el Tribunal encontró prueba comple-

ta de la posesión notoria del estado de hija natural, pues no solamente se demostró que Eusebio Machado "proveyó, en el curso de su vida común con María Teresa Rodríguez y con María de la Cruz Rodríguez, en su finca de "Peñasblancas", a las necesidades de esta última, en lo relacionado con su subsistencia, educación y establecimiento por más de diez años", sino por haberla presentado como su hija natural ante el vecindario, que como tal la reputaba y reconocía.

"Estima el Tribunal —dice la sentencia recurrida que la causal 5ª del artículo 4º de la ley sobre filiación natural es la única que ha quedado irrefragablemente demostrada, por cuanto hay numerosos testimonios contextes que establecen los requisitos esenciales de la posesión notoria del estado de hija natural, al tenor del artículo 6º de la misma ley, puesto que Eusebio Machado le dió ostensiblemente a María de la Cruz Rodríguez el título de tal y ésta le rendía obediencia y acatamiento de hija, proveyó a su subsistencia y educación, compró bienes raíces rurales para establecerla.....' la presentó en forma pública y notoria, durante más de diez años, como su hija natural ante sus amigos, deudos y gentes de la comarca y, a virtud de este tratamiento el vecindario y amigos la tuvieron como a hija natural de aquél".

e).—El Tribunal revoca las demás declaraciones hechas por el Juzgado, porque considera que esas declaraciones consecuenciales de ser María de la Cruz heredera de Eusebio Machado y de ordenar la exclusión de las personas que pretendan concurrir con ella en la sucesión, le corresponde hacerlas al juez que conoce de la causa mortuoria; y respecto de los bienes también revoca las declaraciones hechas en la primera instancia, porque no hay constancia de que Eusebio Machado fuera su dueño, ni de que los demandados sean los poseedores de los mismos.

Respecto de costas se verá adelante lo adecuado al estudiar el primer cargo de casación, que versa sobre ellas.

Demanda de casación.—Como ya se dijo, la parte demandante no interpuso el recurso de casación, sino solamente la parte demandada, que alega tres cargos, dos que encajan dentro del ordinal 1º del artículo 520 del código judicial, y el tercero que es el contemplado en el ordinal 6º del mismo artículo, y que se enuncian en el orden en que se procederá a su estudio.

I—"Violación de ley sustantiva, por haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad" de que trata el artículo 448 del código judicial.

II.—"Violación de ley sustantiva, por errores de hecho y de derecho que constan ostensiblemente en los autos y que provienen de falta de apreciación y apreciación errónea de unas pruebas". Y,

III.—"Violación de ley sustantiva, por errores de hecho y de derecho que constan ostensiblemente en los autos y que provienen de falta de apreciación y apreciación errónea de algunos indicios que fueron aceptados como fundamento de la prueba indiciaria".

Cargo Primero.—Dice el recurrente que en la sentencia de primera instancia no se condenó en costas a la parte demandada; que ésta fue la única que interpuso el recurso de apelación, recurso que se entiende interpuesto sólo en lo que haya sido desfavorable al apelante; y que, por tanto, el Tribunal carecía de jurisdicción para condenar a la aludida parte demandada en las costas de la primera instancia, como lo hizo. Hubo, pues una condenación **ultra petita** y el Tribunal incurrió en la causal de nulidad prevista en el ordinal 1º del artículo 448 del código judicial, o sea, en incompetencia de jurisdicción.

Con esta irregularidad la sentencia violó especialmente "los artículos 473 y 474 del código judicial, que son preceptos de ley sustantiva".

Se considera:

Es cierto que en la primera instancia no hubo condenación en costas para ninguna de las partes (f. 96 v. del c. 1); que sólo apeló la parte demandada (fls. 100 y v. ibidem); y que el Tribunal, después de absolver a dicha parte demandada por las costas de la segunda instancia, la condenó a pagar las de la primera (fl. 128 ibidem).

Es verdad también que el artículo 494 del código judicial establece que la apelación se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante y que, por tanto, el superior no puede enmendar la providencia en lo que le sea favorable.

Entrando a resolver el punto se anota, primeramente, que si se invoca una causal de nulidad, no hay para qué alegar violación de ley sustantiva, sino simplemente el motivo que ha ocasionado la nulidad.

Pero lo que el recurrente arguye es que el Tribunal hizo una reforma del fallo en perjuicio del apelante (la parte demandada), que es lo que se llama **reformatio in peius, prohibida** por el artículo 494 del código judicial. Y, como lo ha expresado la Corte, "el quebrantamiento del artículo 494 del código judicial implica la violación

de un derecho sustantivo, que encaja en la causal primera, no en la de otro orden" (Fallo de 17 de julio de 1954, G. J. tomo LXXVIII, número 2144, página 88).

"La reforma del fallo en perjuicio del único apelante —dijo también la Corte en fallo de 20 de abril de 1950— no es cosa que afecte la validez ni estabilidad de la actuación judicial, no es irregularidad que caiga dentro de ninguno de los casos previstos por la ley como determinantes de nulidad adjetiva por el vicio anotado. Es una cuestión vinculada directamente con la aplicación de la ley, con el quebranto de un precepto sustantivo que consagra el derecho a que no se reformen las situaciones jurídicas favorables creadas por las resoluciones judiciales, en perjuicio de quien apela de ella para mejorar, o en beneficio de quien no ha ejercido el derecho de impugnación procesal usando de los recursos que autoriza la ley. Este aspecto de ilegalidad no es tratable por la vía de la causal sexta" (G. J. tomo LXVII, número 2081, página 174).

Tendría, pues, razón el recurrente al invocar el quebrantamiento de ley sustantiva por la reformatio in peius hecha por el Tribunal, si no la hubiera alegado como nulidad, pero lo que la demanda expresa es que el Tribunal incurrió "en alguna de las causales de que trata el artículo 448 del código de procedimiento civil; que la nulidad consistió en haber hecho "una condenación ultra petita"; y que como el Tribunal "carecía de jurisdicción para hacerla", incurrió "en la causal primera del artículo 448 del código judicial"; como repite adelante. Al respecto anota la Corte que no puede suplantar al recurrente en el enunciado de sus cargos, pues, como lo ha expresado, el recurso tiene "el objeto, contenido y alcance que determine la parte que lo interpone, quien en realidad circunscribe y delimita la jurisdicción de la Corte con la enunciación de sus acusaciones". (Casación de 7 de marzo de 1945, G. J. t. LVIII, página 646).

Concluyendo, pues, sobre las razones del recurrente, expresa la Corte que una cosa es que la resolución de un juez o tribunal sea equivocada, por exceso o por defecto, y otra que carezca de la jurisdicción y competencia para decidir el negocio. Aquí no carecían los jueces de instancia de la jurisdicción y competencia para conocer de este proceso, sino que se decidió erradamente sobre un punto accesorio del mismo, y, por tanto, no hay lugar a declarar la nulidad invocada.

En consecuencia, se rechaza el cargo.

Cargo Segundo.—Dice el recurrente que la sentencia del Tribunal acepta que está debidamente comprobada la posesión notoria del estado de hija natural de María de la Cruz Rodríguez con las declaraciones de Manuel José Echeverri, Darío García, Luis Felipe Cardona, Justiniano García Escobar y Gustavo Baquero; y antes ha citado, además, las declaraciones de Angel Bobadilla, Samuel García, Bernardo Bobadilla y Manuel de Jesús Echeverri, cuyo análisis hace.

Afirma que, según los tratadistas de derecho civil, los elementos que configuran la posesión notoria del estado de hijo son el tractatus, la fama y el cognomen, que no encuentra acreditados según el análisis a que se hace alusión.

En efecto, la declaración de Angel Bobadilla nada dice sobre el tratamiento de hija, ni sobre la voz pública, y su testimonio es sospechoso por haber sido el autor de una carta desestimada en la sentencia; Cardona no precisa los hechos, o mejor, hace una exposición vaga o genérica; Darío García Escobar, incurre en el mismo defecto; Sarael García recibió de Eusebio Machado el encargo de hacerle un carro de madera para el hijo de María de la Cruz, pero nada depone sobre el tractatus de hija ni la fama o voz pública en el vecindario; Justiniano García Escobar nada dice sobre los elementos de la posesión del estado civil; nada se deduce, según el recurrente, de la declaración de Bernardo Bobadilla sobre la fama o el tractatus de hija, como tampoco de la de Echeverri, aunque su declaración pudiera mirarse como la más concreta, pues el decenio de posesión del estado no se desprende de sus dichos; en fin, Baquero depone sobre hechos acaecidos en su infancia y nada dice sobre la fama y el tractatus.

De otro lado, las confidencias o expresiones de Eusebio Machado sobre su paternidad nada prueban; la adquisición de los lotes por parte de éste, para su hija María de la Cruz, no tiene valor, supuesto que la tradición de bienes raíces debe hacerse por escritura pública; no hay dos testigos que concuerden en las circunstancias de lugar, tiempo y modo, de las cuales se deduzcan el tractatus o la fama pública; no existe ninguna prueba de que Eusebio Machado hubiera consentido en el matrimonio de su presunta hija.

Por último, alega el recurrente que el presunto padre no se preocupó por darle a su presunta hija su apellido ni la menor por obtener el consentimiento de aquél para su matrimonio.

El Tribunal aplicó indebidamente los artículos 697 y 698 del código judicial en el análisis de esta

prueba de testigos, quebrantó el artículo 339 del código civil, que exige un conjunto de testimonios fidedignos que acrediten la posesión notoria del estado civil de modo irrefragable y, además, los artículos 5º de la Ley 45 de 1936, 4ª (ordinal 5º) de la misma ley, 399, 756 y 1857 (2º) del código civil, 21 de la ley 45 de 1896 y 1041 del código civil.

Se considera:

Innumerables son las doctrinas de la Corte en que se sostiene la tesis de que la casación no es una tercera instancia en que se analicen nuevamente las pruebas; que los tribunales son soberanos en la apreciación de las mismas; y que, por lo tanto, la acusación por error de hecho tiene que contraerse a concretos y determinados elementos probatorios, todo lo cual conduzca a la convicción del error evidente o manifiesto del fallador, y no fundarse en una crítica general de todos los elementos que condujeron a definir en determinado sentido la controversia entre las partes.

Como ya se dijo, el Tribunal no admite las relaciones sexuales estables entre Eusebio Machado y María Teresa Rodríguez, aunque todo indica que sí convivieron bajo el mismo techo durante más de diez años, por no encontrar acreditado con plenitud el nacimiento de María de la Cruz como fruto de su vida marital, concepto que no es motivo de estudio para la Corte en este recurso de casación.

Pero sí encontró plenamente demostrada la posesión notoria del estado de hija natural, con las declaraciones que el recurrente cita, y que el Tribunal transcribe en lo que estima pertinente y de las cuales se deduce, en lo principal: que cuando Teresa dio a luz la niña María de la Cruz, Eusebio se las llevó para su finca de Peñasblancas, donde siguió viviendo con ellas, atendiendo a la última como padre y presentando a la niña ante el vecindario como su hija; que cuando María de la Cruz, a su vez, se casó y tuvo el primer hijo, Eusebio se encariñó extraordinariamente con el niño; que hablaba de María de la Cruz como de su hija ante todo el mundo; que compró una finquita en la región en que tenía la suya para María de la Cruz y su esposo, pero que no alcanzó a hacerle la escritura pública de tradición de la misma; que les ayudaba con dinero; que la tuvo en la escuela y le suministraba lo necesario para el estudio. Y concluye el Tribunal:

"Estas deposiciones conforman la prueba completa de que Eusebio Machado N. proveyó en el curso de su vida común con Teresa Rodríguez y con María de la Cruz Rodríguez en su finca de "Peñasblancas" a las necesidades de esta última en lo relacionado con su subsistencia, educación y establecimiento por más de diez años. Los declarantes son enfáticos en sus afirmaciones, las fundamentaron en sus propias percepciones, las cuales adquirieron por ser vecinos y amigos de Machado durante muchos años y frecuentando su casa y haberse dado cuenta de la vida que ellos hacían; algunos se detienen a detallar cómo suministraba los gastos de educación y de vestuario y todos hablan de que procedió a posesionar a María de la Cruz de dos lotes de terreno que compró y varios explicaron que Machado les hizo conocer presonalmente sus intenciones y objetivos de comprarlos para ésta con el fin de que su esposo Enrique Padilla los administrara y disfrutaran de sus producidos. Ninguno dice que Teresa Rodríguez hubiera trabajado en "La Divisa" como asalariada o cocinera, ni que ésta o su hija hubieran satisfecho sus necesidades de subsistencia del salario de Teófilo Rodríguez, hermano y tío respectivamente de ellas, o que éste fuera el que les pagara el vestuario y sufragara la educación de la joven. De donde es preciso deducir que Machado N. proveyó, en virtud de un afecto personal para con las Rodríguez y en especial con María de la Cruz a las necesidades que señala la ley como manifestantes del afecto personal y que quiso atender al "establecimiento" de su hija María de la Cruz Rodríguez, una vez casada ésta, entregándole para su uso y beneficio dos lotes de terreno, habiendo manifestado a varios de estos testigos su voluntad de transferirle el dominio posteriormente" (fl. 121 c. 1).

En cuanto al tratamiento y fama adquirida en el vecindario de ser María de la Cruz hija de Eusebio, vuelve el Tribunal a citar lo pertinente de las declaraciones de los deponentes, en número de cinco, para concluír que le parecen 'pormenorizadas, contextes, motivadas por percepciones directas y propias de cada testigo', por lo cual deduce que Machado "presentó a María de la Cruz Rodríguez como a su hija natural ante propios y extraños y en el concepto público se la reputaba a ésta como tal".

Lo que hay, pues, es una divergencia de criterio entre la apreciación de pruebas que hace el Tribunal y la que hace el recurrente, pero de todos modos las conclusiones del fallo que se estudia en este punto tienen un respaldo muy serio o razonable que no permite pensar en que

haya errores manifiestos, dicho de otro modo, a la convicción que presenta el fallador no puede ofrecerse otra que le sea contraria y evidente. Y a ello no se oponen las razones negativas de no haberle dado Machado su apellido a su hija, o de no haberle otorgado de modo especial el consentimiento para su matrimonio.

Sobre que Eusebio Machado no le hubiera hecho escritura de los lotes a su hija, apenas cabe advertir que no se está discutiendo dominio y que al hecho de haberla puesto en posesión de ellos sí aparece acreditado.

No resta por analizar sino la tesis del recurrente cuando afirma que la concesión del apellido por parte del padre es "elemento esencial de la posesión del estado civil de hijo natural", tesis que se refuerza con otros pasajes de su escrito de casación, de los cuales puede deducirse que es indispensable demostrar conjuntamente el tratamiento (tractatus), la fama y el apellido (cognomen), sin que baste una o dos de dichas circunstancias, para que se acepte la posesión notoria del estado de hijo natural.

Dice el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, que la posesión notoria del estado de hijo natural consiste en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo del dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento. El tratamiento de hijo en tales condiciones, durante diez años, confirmado por la fama es, pues, lo que la ley consagra como circunstancia que dá base para dar por acreditada la posesión notoria del estado de hijo natural, sin que sea necesario que el padre le haya dado al hijo su apellido, ni le haya dado el consentimiento para el matrimonio, como aquí se alega. Por eso en la exposición de motivos de la ley citada, se lee:

"Antiguamente se creía que no podía faltar ninguno de los elementos, **nomen fama et tractatus**, para que la posesión pudiera considerarse siempre perfecta. Claro está que concurriendo todos, no se necesita de ningún esfuerzo para la apreciación de la prueba; pero puede ésta ser también completa si falta alguno de tales elementos, cuando los otros están constituídos por un conjunto de hechos de suficiente fuerza demostrativa. Podría exigirse como imprescindible la prueba del nombre (o apellido, según el uso en Colombia, aclara la Corte) respecto del padre si fuera costumbre entre nosotros llevar los hijos naturales necesariamente ese, porque así su falta sería justo motivo de duda; mas como sucede con mayor frecuencia que el usado sea el nombre de la madre, resulta que dicho elemento es apenas un dato para sumar a otros de mayor gravedad, pero no es indispensable".

En consecuencia, el cargo se rechaza.

Cargo Tercero.—Dice el recurrente que el fallo de primera instancia expresa que "con las declaraciones y con los vehementes indicios existentes este juzgado considera que está absolutamente demostrada la posesión del estado de hija" de la demandante; que la sentencia recurrida omitió enunciarlos; que de acuerdo con el artículo 399 del código civil "la prueba indiciaria no tiene valor legal en las controversias sobre posesión del estado civil" y, por tanto, "es improcedente en el caso de autos"; en fin, que los indicios, que analiza uno a uno después de enunciarlos, no tienen el mérito que se le atribuye.

"Para que no se diga que la parte demandada.....se abstuvo de impugnar en casación la prueba indiciaria", no sólo alega el recurrente que esa prueba es improcedente, sino que enuncia los indicios confirmatorios de la posesión notoria que son, en su entender:

"1º—La circunstancia de haber vivido la demandante, por muchos años, en casa de Eusebio Machado, y la de haber comprado éste dos lotes de terreno, donde posesionó a ésta y a su marido, seguramente con el ánimo de hacerle escritura de ellos a la actora.

"2º—El hecho de haber permanecido ésta durante tantos años en casa de Machado y de haberle servido a éste en la forma en que le sirvió, y el de haberle mandado construír un coche, aunque de poco valor, para el nené que ella ha tenido. Y,

"3º—El hecho de que en la diligencia de secuestro de los lotes que ocupaban la demandante y su marido, Salomón Machado Novoa y Luis Machado Otálvaro manifiestaron que ninguna observación tenían que hacer "después de la manifestación hecha por Enrique Padilla, especialmente cuando dijo que María de la Cruz Rodríguez era hija del señor Machado".

Anota el recurrente que no existe escritura pública de adquisición del lote; que el haber vivido la actora en casa de Machado no acredita el pretenso estado de hija natural, ni los servicios prestados lo demuestran tampoco; y que la abstención de oponerse al secuestro no tiene mérito probatorio en relación con lo que se trata en este proceso.

Con lo cual —dice el recurrente— violó el fallo "todos los artículos relacionados en la causal primera".

Se considera:

No es el caso de estudiar lo relativo al artículo 399 del código civil, sobre la prueba de la posesión notoria del estado civil porque los que el Tribunal llama indicios no se presentaron como prueba principal de la posesión notoria del estado de hijo natural, sino como prueba accesoria o concurrente de la testimonial, ya que lo que el fallo expresa es lo siguiente: "Existen, **además de la prueba testimonial, completa a juicio del Tribunal,** indicios numerosos, precisos y conexos entre sí, que concurren a demostrar el hecho de la paternidad natural..... de Eusebio Machado Novoa" (f. 126 v. del c. 1). Indicios que, el Tribunal señala en la siguiente forma, que conviene reproducir, para mejor comprensión del punto que se analiza:

"En efecto, las circunstancias del noviazgo y relaciones amorosas, durante varios años entre Eusebio y Teresa, la asiduidad de las visitas de aquél a la casa de ésta en 'Monterredondo', los relatos de Machado de que él 'perdió a la muchacha Teresa y había tenido relaciones con élla (folio 17 y 17 v. 20 del cuaderno 1º) y que de estas relaciones había nacido María de la Cruz y de que ésta era su hija, de que la quería entrañablemende que "tenía hija a quien dejarle lo que tenía" (folio 11 v. c. 2º) por quién más preocuparse que por su hija María de la Cruz Rodríguez y por su nieto y que para ellos era que trabajaba a ver si les podía dejar alguna cosa cuando muriera (f. 12 v. y 13 del c. 2º); que el consuelo del viejito Machado era su hija María de la Cruz y el nieto; "la esperanza de que ese nieto le "diera la mano" cuando estuviera grande (f. 20 v. c. 1º); de que daba la vida por esa niña y los mismos detalles de mandar hacer un carro a un carpintero para pasear al niño, hijo de María de la Cruz (fls. 28 v. del c. 1º y 13 v. c. 2º) conforman un estado de ánimo paternal indudable. Si a esto se agrega, que cuando se supo que esta señora y su hija pensaban trasladarse a vivir al Valle del Cauca sintió mucha pena y que de realizar el viaje "sería muy duro para él ya que estaba muy apegado a la familia" (f. 20 v. c. 1º); que les expresó personalmente a varios declarantes que deseaba comprar unas fincas para posesionarlos de ellas a María de la Cruz y su marido (folios 24 del c. 1º y 20 c. 2º) y que la visitaba frecuentemente y María de la Cruz lo recibía como padre y lo atendía y cuidaba del arreglo de su ropa (f. 7, 20 v. y 24 del c. 1 y 15 y 20 c. 2º) etc. No hay duda de (sic) todos estos indicios concurrentes contribuyen a establecer una situación anímica correlativa entre uno y otra, especial y muy notoria y que confirman lazos de paternidad y filiación que deben ser reconocidos y por consiguiente la sentencia recurrida debe ser confirmada en cuanto a la declaratoria de que María de la Cruz Rodríguez de Padilla tiene la calidad de hija natural de Eusebio Machado Novoa, ya fallecido". (Fls. 126 v. y 127 del c. 1).

Los indicios que el Tribunal señala no son, pues, los que indica el recurrente, sino una serie de datos de referencia con los cuales mas bien parece significar el Tribunal la profunda convicción que le han producido las pruebas del proceso consistentes en declaraciones de testigos.

En consecuencia, se desecha el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Agustín Gómez Prada — Ignacio Gómez Posse. Luis Felipe Latorre U.—Alberto Zuleta Angel. Ernesto Melendro L., Secretario.

LIQUIDACION DE COSTAS

El auto de aprobación o reforma de liquidación de costas, aunque sea de naturaleza interlocutoria, es proferido únicamente por el Magistrado Ponente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, seis de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

En sentencia de esta Sala, pronunciada el 28 de julio del presente año, se resolvió en el fondo sobre la demanda de casación introducida por la parte demandada contra el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio ordinario de nulidad de un testamento entablado por Publio Horacio Peñarete contra Leovigildo Coy y otros. La Corte no casó la sentencia acusada y condenó en costas a la parte recurrente.

En proveído del 22 de agosto siguiente se reguló el valor de las agencias en derecho en la suma de seiscientos pesos ($ 600.00), moneda legal.

Esta regulación fue objetada por el apoderado de la parte recurrente, fundándose en que en algún negocio en que representó a la parte favorecida se le fijaron como honorarios la suma de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00), "siendo de advertir que en aquel caso debí prestar —dice— "atención y vigilancia" por un lapso de tiempo muy superior al de la permanencia de este negocio en la Honorable Corte".

También observa el objetante que "el auto a que me refiero fue proferido únicamente por el Sr. Magistrado Sustanciador, cuando quizá aquél como el de aprobación o reforma, corresponden a la Sala Falladora".

De acuerdo con el artículo 582 corresponde resolver sobre la objeción formulada y decidir si se aprueba la liquidación o se hacen las alteraciones que se estimen justas.

En respuesta a la opinión transcrita del señor apoderado de la parte recurrente, se advierte que el auto de aprobación o reforma de la liquidación de costas, aunque sea de naturaleza interlocutoria, es proferido únicamente por el Magistrado Ponente, ya que de acuerdo con el artículo 47 del C. J. "el ponente dicta por sí solo y bajo su responsabilidad personal, todos los autos de sustanciación e interlocutorios". En casación sólo el auto admisorio del recurso es proferido por los Magistrados integrantes de la Sala, porque así lo exige claramente el artículo 529 del C. J.

Bien es verdad que este negocio no exigió atención o vigilancia de la parte opositora durante un largo espacio de tiempo, como que fue sustanciado y fallado en esta Sala aproximadamente en medio año. Pero la importancia de los temas jurídicos suscitados por el recurrente, la cuantía económica del negocio, la misma prestancia profesional de los abogados que han representado a las partes y el estudio contenido en el memorial de oposición, fueron tenidos en cuenta para la regulación del valor de las agencias en derecho en la suma de seiscientos pesos ($ 600.00) que no parece exagerada.

No es posible por razones obvias al suscrito Magistrado Ponente tener como punto de comparación el caso citado por el abogado objetante, pues en cada caso, según las circunstancias peculiares del trabajo del profesional, se regula discrecionalmente el valor de las agencias en derecho con un criterio de justicia, y sin que haya pautas estrictas en la ley.

Por las razones expuestas, se desecha la objeción formulada respecto a la regulación de las agencias en derecho y se aprueba la liquidación.

Notifíquese.

Manuel Barrera Parra.—Ernesto Melendro L.

Secretario.

INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO EN LOS JUICIOS DE NULIDAD O DE DIVORCIO DEL MATRIMONIO CIVIL. —CASO EN QUE HAY NULIDAD EN EL JUICIO POR NO HABERSE NOTIFICADO AL AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO RESPECTIVO LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA Y EL AUTO QUE CONCEDIO EL RECURSO DE APELACION

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, septiembre doce de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U.)

Del Tribunal Superior de Medellín subió a la Corte, en virtud del recurso de Casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de segunda instancia de 2 de agosto de 1954, confirmatoria de la pronunciada en primera por el Juez Primero Civil del Circuito, el juicio sobre nulidad del matrimonio civil de Herbert Schwartz ciudadano austriaco domiciliado en Colombia y Janice Wormser, de Nueva York, matrimonio que se celebró en Balboa, zona del Canal de Panamá, el 1º de abril de 1949.

La declaración de nulidad fue pedida por el marido, con oposición de la mujer pero denegada por el Juez y por el Tribunal.

Hallándose el asunto en su trámite correspondiente en la Corte, se observó que era nulo lo actuado en esta Superioridad por no haberse puesto en conocimiento del Agente del Ministerio Público, la llegada del proceso, ni habérsele notificado los autos de admisión del recurso y siguientes. Así se declaró la nulidad por auto de 3 de marzo último; y como, además, tampoco se le habían notificado al Fiscal ni la sentencia de segunda instancia ni el auto que concedió el recurso, la Corte ordenó devolver el expediente al Tribunal, (auto de 22 del mismo mes de marzo) para los efectos legales.

El Tribunal subsanó esas irregularidades, hizo notificar al Fiscal las providencias referidas y una vez ejecutoriada la que concedió el recurso de casación, devolvió el expediente a la Corte donde se declaró admisible por auto de 20 de junio del corriente año el recurso de casación que hoy se decide.

El único cargo que se hace está apoyado en la causal 6ª del artículo 520 del Código Judicial: nulidad de lo actuado en el Tribunal por falta de jurisdicción (caso previsto en el Nº 1º del artículo 448 del Código Judicial), por no haberse ejecutoriado el auto que concedió la apelación de la sentencia de primera instancia, porque ni ésta ni dicho auto, se notificaron al Personero Municipal de Medellín, ni en la segunda instancia intervino el Agente del Ministerio Público.

El recurrente plantea la acusación así:

"Acuso la sentencia dictada por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el dos de agosto de 1954 en el juicio de Herber Schwartz contra Janice Wormser de Schwartz, con fundamento en la causal sexta del artículo 520 del C. de p. c., por haberse incurrido en nulidad por el Tribunal sentenciador, a causa de **"incompetencia de jurisdicción"** del fallador de segunda instancia, prevenida por el artículo 448, causal primera, del mismo cuerpo legal, como paso a demostrarlo sencilla y brevemente.

"En efecto: el H. Tribunal Superior de Medellín fue legalmente, incompetente desde la primera línea hasta la última de su actuación, en segunda instancia, por cuanto no había, y no ha adquirido jurisdicción en el presente juicio ordinario, debido a la potísima razón de que, hasta la fecha, no está ejecutoriado el auto proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín, el 6 de abril de 1954, visible a fs. 106 vto. del cuaderno Nº 1, que concede en efecto suspensivo, recurso de apelación contra la sentencia de instancia toda vez que ostenta ausencia de notificación al Sr. Personero Municipal de Medellín, no sólo de este auto, sino del fallo mismo de primer grado".

Y después de exponer un razonamiento de mérito en desarrollo y fundamento del cargo, concluye:

"Con fundamento en lo expuesto, os pido, con todo comedimiento, que os dignéis casar la sentencia recurrida por la causal sexta del artículo 520 del C. de P. C., y disponer el envío de los autos al H. Tribunal Superior de Medellín, para que éste, a su turno, los remita al Juzgado Pri-

mero Civil del Circuito de Medellín, a fin de que este funcionario notifique al Sr. Personero Municipal, de la propia cabecera, la sentencia de primera instancia dictada en el presente juicio, y el auto de 6 de abril de 1954, que concede la apelación, hecho todo lo cual deberá el expediente regresar al Tribunal Superior —previa ejecutoria del último auto mencionado— con el objeto de que esta Corporación tramite la apelación, citando a su Fiscal".

La parte opositora demandada no hizo la menor objeción al recurso ni al cargo; y el Agente del Ministerio Público, señor Procurador Delegado en lo Civil, manifiesta:

"La Procuraduría está de acuerdo con la opinión expresada por el recurrente en su demanda de casación, porque estima que, evidentemente, existe una nulidad en el juicio, concretamente la prevista y definida en el numeral 1º del artículo 448 del Código Judicial, originada en la incompetencia de jurisdicción del Tribunal Superior para conocer del recurso de apelación de la sentencia de primer grado, puesto que ni ésta ni el auto que concedió el recurso fueron notificados personalmente al Personero Municipal de Medellín, como lo preceptúa el artículo 783 en concordancia con el 312, numeral 2º, del citado Código; y esta nulidad puede proponerse y alegarse en casación, como quiera que está comprendida dentro del motivo 6º del artículo 520 del estatuto citado.

"En efecto, como los empleados públicos, por la índole misma de sus funciones, no pueden estar al corriente del desarrollo y marcha de los juicios en que, como tales, deben intervenir, el artículo 312, numeral 2º, del Código Judicial manda que a ellos se les deben hacer personalmente las notificaciones. Esto ocurre principalmente con el Agente del Ministerio Público en aquellos negocios en que es parte o en que debe intervenir por mandato de la ley.

"Ahora bien: como en los juicios de nulidad o de divorcio del matrimonio civil es parte el Ministerio Público, y debe intervenir en interés de la moral y de la ley, y especialmente en defensa de los intereses de los hijos, según lo preceptúa claramente el artículo 783 del código citado, las providencias que en tales juicios se pronuncien se les deben notificar personalmente.

"En estos juicios las acciones que se ejercitan tienen un carácter eminentemente familiar, y en ellos se comprometen elevados intereses sociales y morales. Por eso la ley ha considerado de suma importancia la intervención del Ministerio Público y así lo ha establecido de manera imperativa.

"Con razón el Profesor Hernando Morales, en su obra titulada Curso de Derecho Procesal Civil, trae un comentario sobre el particular, que transcribió el recurrente en su demanda y que la Procuraduría se permite también transcribir, en que dice:

"La ley procesal estableció la intervención del Ministerio Público en interés de la moral y de la ley y especialmente en defensa de los hijos. Esta intervención es principal y forzada, o sea, que debe citarse al Agente del Ministerio Público, que lo es el Personero Municipal, en su carácter de Fiscal del Circuito en primera instancia, el Fiscal del Tribunal en la segunda y el Procurador Delegado en lo Civil ante la Corte Suprema, cuando se ocurre en casación. El Agente del Ministerio Público es parte principal, se le corre traslado de la demanda, y tiene todas las facultades de las partes, pudiendo solicitar pruebas, impugnar las presentadas por las partes restantes y recurrir de las providencias. La intervención tiene lugar a través de todo el juicio..".

"Por otra parte es bien sabido que cuando se interpone un recurso si el auto que lo concede y más aún si la providencia recurrida no están ejecutoriados o sea debidamente notificados el superior no adquiere jurisdicción para resolverlo y en caso de que entre a decidirlo incurre en una nulidad por incompetencia de jurisdicción.

"Por último para mayor claridad del punto de que aquí se trata es bueno tener en cuenta que esa Superioridad, en este mismo negocio, como lo anota el recurrente, ha sostenido dicha tesis. Basta, en efecto, transcribir lo que dice el auto de 22 de marzo del presente año:

"La Corte se abstiene de considerar y resolver sobre la admisibilidad del recurso, porque no ha adquirido jurisdicción para ello, toda vez que no se ha ejecutoriado el auto de 17 de septiembre de 1954 que concedió tal recurso, por no haberse notificado al Agente del Ministerio Público en el Tribunal, observándose, además, que la sentencia recurrida tampoco se notificó en debida forma a dicho funcionario, quien debía intervenir en el juicio, como lo previene el artículo 783 del Código Judicial".

La Corte reconoce a su vez que le asiste la razón al recurrente y que las observaciones hechas por él y por el Procurador son tan fundadas, que no podrían rechazarse sin caer la misma Corte en manifiesta contradicción con al doctrina sentada por ella en este mismo asunto cuando anu-

ló la actuación surtida aquí al observarse la irregularidad de no haberse notificado al Agente del Ministerio Público las providencias pronunciadas en la Corte ni la sentencia del Tribunal ni el auto que concedió el recurso de casación. Es obvio que el mismo criterio debe regir en cuanto a la falta de notificación de la sentencia de primera instancia y del auto que otorgó la apelación de ella, al Personero Municipal de Medellín.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida, y declara nulo todo lo actuado en la segunda instancia de este proceso, el cual queda en estado de notificar al Personero Municipal de Medellín el fallo de primera instancia y el auto por el cual se concedió al demandante el recurso de apelación. Para que se surtan esas diligencias, el Tribunal Superior, al recibir este expediente, lo devolverá al Juez **a quo** Primero Civil del Circuito, y una vez ejecutoriada la mencionada providencia que concedió la apelación, el juicio proseguirá su curso.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la **Gaceta Judicial.**

Luis Felipe Latorre U.—Ignacio Gómez Posse. Agustín Gómez Prada. — Alberto Zuleta Angel. Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

COMPRAVENTA. — LA OBLIGACION DEL VENDEDOR DE EFECTUAR LA TRADICION DE LA COSA VENDIDA NO QUEDA CUMPLIDA CON EL SIMPLE REGISTRO DE LA ESCRITURA EN QUE CONSTA EL CONTRATO

1.—De conformidad con el artículo 1849 del Código Civil, la compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a DAR una cosa, esto es, a transferir el dominio de la misma, obligación que se cumple mediante la TRADICION, modo de adquirir claramente definido en el artículo 740 del Código Civil.

La obligación de dar contiene la de entregar pero no se confunde con ésta (artículo 1605 del Código Civil); cierto es que el artículo 1880 del mencionado Código, al señalar las obligaciones del vendedor, no habla de obligación de dar sino de obligación de entregar, pero cierto es también que la citada disposición es clara en el sentido de expresar que el vendedor debe hacer tradición de la cosa vendida conforme a las reglas contenidas en los artículos 740 y siguientes del Código Civil; a este respecto ha dicho la Corte que la obligación de entregar a que se refiere la disposición de que se trata tiene, en su cumplimiento, dos efectos necesarios: transferir la propiedad al comprador y procurarle la libre posesión no sólo civil sino física exenta de todo obstáculo.

2.—La TRADICION, según definición del artículo 740 del Código Civil, es un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el DUEÑO hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad o intención de transferir el dominio y por otra capacidad e intención de adquirirlo, de tal suerte que quien no es dueño no puede efectuar una verdadera tradición; con razón expresó la Corte en fallo de 28 de junio de 1937: "la TRADICION exige en el tradente estas condiciones subjetivas: propiedad de la cosa, facultad de transmitir su dominio, intención de enajenar; si falta una de estas condiciones NO HAY TRADICION y por lo mismo no hay enajenación".

3. — Como es bien sabido, el contrato de venta no transfiere el dominio y sólo produce obligaciones, por lo cual, de conformidad con el artículo 1871 del Código Civil, la venta de cosa ajena es válida pero es claro que el vendedor, en tal caso, contrae para con el comprador las mismas obligaciones que si fuera vendedor de cosa propia, obligaciones que sólo quedan cumplidas, en lo que concierne a la tradición, cuando adquiere el dominio de la cosa, según lo previsto en el inciso 2º del artículo 752, o cuando obtiene la ratificación del verdadero dueño de acuerdo con lo expresado en el artículo 1874; pero que tal obligación del vendedor en manera alguna queda cumplida con el simple hecho de colocar a quien figura como comprador en posibilidad de ganar el dominio por prescripción. En otros términos, el contrato es válido pero si el vendedor, por no ser dueño, no puede efectuar una tradición válida, falta al cumplimiento de una de las obligaciones que le corresponden.

4. — Tratándose de bienes inmuebles, la obligación del vendedor de efectuar la tradición de la cosa vendida no queda cumplida con el simple registro de la escritura en que consta el contrato; tal obligación sólo se cumple mediante una tradición válida y eficaz, o sea proveniente del verdadero dueño.

5.—Cuando el vendedor declara, al celebrar el contrato de venta, que la cosa vendida está libre de gravámenes, así deberá entregarla al comprador; por consiguiente, si la cosa vendida aparece con algún gravamen, el vendedor falta al cumplimiento de las obligaciones que le impone el contrato, y puede por tanto en tal caso el comprador ejercer los derechos establecidos en el artículo 1546 del Código Civil.

6.—La tradición para que sea válida y eficaz, debe ser hecha por el verdadero dueño.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación

Civil.—Bogotá, a quince de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada por el tribunal superior de Pereira en el juicio ordinario de Pastora Mejía Botero de Baena contra Cesarfina Carrión viuda de Bustamante, sobre cumplimiento de un contrato de compraventa.

Antecedentes

El contrato.—Según consta en la escritura pública número 963 de 30 de julio de 1952, otorgada en la notaría tercera de Armenia, Pastora Mejía Botero de Baena vendió a Cesarfina Carrión v. de Bustamante un bien inmueble que aparece descrito en la cláusula primera de dicha escritura. El precio estipulado fue de catorce mil cien pesos ($ 14.100.00), de los cuales la vendedora, según se expresa en la cláusula cuarta, "declara recibidos quinientos pesos ($ 500.00) en efectivo a satisfacción; cinco mil seiscientos pesos ($ 5.600.00) que deja en poder de la compradora para que atienda al pago y cancelación del gravamen hipotecario relacionado; dos mil pesos ($ 2.000.00) que recibe con el inmueble que adelante se alindera y que la compradora le transfiere a título de dación en pago por tal suma; y que para el pago de los seis mil pesos restantes, concede a la misma adquirente un plazo con intereses hasta de dos años contados a partir de la fecha de esta escritura". Se lee además en el mencionado instrumento que, presente la compradora, manifestó: "b) Que por el precio de dos mil pesos ($ 2.000.00) transfiere a título de dación en pago a favor de la otorgante doña Pastora Mejía Botero de Baena, el derecho de dominio y la posesión que tiene sobre un solar, ubicado en el punto de Miraflores, Urbanización El Porvenir, jurisdicción de este Municipio de Armenia, constante de diez y media varas de frente por treinta varas de centro, alindado así: por el frente, con la calle treinta y dos; por un costado, con un solar vendido a Luzmina Martínez Morales; por el centro, con propiedad de Aldemar Vahos; y por el otro costado, con predio de Diego Pinilla. c) Que la exponente adquirió el anterior inmueble, el cual es parte de mayor porción, por compra hecha al señor Rodrigo Mejía Gómez, según escritura número 748, otorgada en esta Notaría el 24 de junio de 1952, cuya copia se halla en la oficina de registro para su inscripción correspondiente. d) Que no lo tiene enajenado por título anterior y se halla libre de gravámenes que afecten o limiten el dominio, pleitos y condiciones resolutorias".

La demanda.—Pastora Mejía Botero de Baena, en demanda presentada por medio de apoderado al juez del circuito de Armenia contra Cesarfina Carrión v. de Bustamante, pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que la señora Cesarfina Carrión v. de Bustamante debe dar cumplimiento a las obligaciones por ella pactadas al celebrar el contrato de venta de que dá cuenta la escritura número 963 de 30 de julio de este año pasada en la Notaría 3ª de Armenia, e indemnizar a mi mandante de los perjuicios que le han sido ocasionados con dicho incumplimiento y los que en el futuro se le ocasionen; b) Que en tanto dicho cumplimiento se efectúe a cabalidad la señora Cesarfina Carrión v. de Bustamante no podrá transferir ni limitar el dominio del inmueble dado en venta por mi mandante, y cuya posesión inscrita y material conserva en la actualidad; y lo mismo respecto al bien de la dación en pago; c) Que la demandada responda por las costas de esta acción".

Entre los hechos fundamentales de la demanda se encuentran los siguientes:

"Cuarto. — El inmueble dado en venta por mi mandante estaba libre de toda clase de gravámenes, a excepción del crédito hipotecario relacionado por valor de $ 5.600.00, pleitos pendientes y condiciones resolutorias y era un bien comerciable; empero, el inmueble relacionado en el numeral inmediatamente anterior y que le fue entregado a mi mandante como dación en pago de parte del valor de la venta, estaba fuéra del comercio en el momento del otorgamiento de la escritura de venta; su dominio inscrito no pertenecía a la compradora, y además soportaba un gravamen real hipotecario. Todas estas circunstancias le fueron negadas a mi mandante, y en contrario, la compradora afirmó en el título de venta que estaba libre de gravámenes, pleitos y condiciones resolutorias.

"Quinto.—Con efecto y conforme al certificado de tradición que acompaño, la señora Cesarfina Carrión v. de Bustamante había adquirido el dominio del referido bien por compra efectuada a Rodrigo Mejía Gómez, por escritura 748 de 24 de

junio de 1952 de la Notaría 3ª de Armenia; Rodrigo Mejía G., su vendedor, había adquirido el mismo bien por compra a Juan C. Gutiérrez C. por escritura número 612 de 29 de mayo de 1952 de la Notaría 3ª de Armenia; Juan C. Gutiérrez a su vez había adquirido el mismo bien por compra a Luis Vélez Mejía por escritura pública número 495 de 25 de abril de 1952 de la Notaría 3ª de Armenia; Luis Vélez Mejía lo había adquirido por compra a José Daza por escritura número 12 de 5 de enero de 1952 de la Notaría 3ª de Pereira; José Daza lo había adquirido a su vez por compra a Isabel Laverde por escritura número 72 de 1º de junio de 1951 de la Notaría de Finlandia; Isabel Laverde de O. adquirió el mismo bien por compra a Miguel Salazar, conforme reza la escritura número 35 de 17 de enero de 1951, de la Notaría 2ª de Calarcá, y Miguel Salazar había adquirido el mismo bien por compra a Alfredo Salazar mediante escritura número 25 de 4 de enero de 1951 de la Notaría 2ª de Armenia.

"Sexto.—De los otorgantes anteriormente citados el único que en verdad ha tenido la calidad de dueño inscrito del bien relacionado al numeral 3º es el señor Miguel Salazar y no solamente ha tenido dicha calidad sino que en la actualidad es el único y verdadero dueño del referido bien. En efecto, y de ello hay constancia en el certificado que adjunto, la escritura de venta de Miguel Salazar e Isabel Laverde de O., no pudo ser registrada, porque el inmueble había sido sacado fuéra del comercio el día 10 de diciembre de 1951 a virtud del oficio de embargo número 704 de 6 de diciembre de 1951 decretado por el señor Juez Municipal de Pereira en las diligencias preventivas del doctor Mario Delgado contra Miguel Salazar J. Esta situación continúa vigente.

"Séptimo. — Además el señor Miguel Salazar Jiménez al comprar el inmueble alindado en el numeral 3º al señor Alfredo Salazar gravó con primera hipoteca el referido bien para garantizarle el pago de la cantidad de dos mil quinientos pesos m./l. ($ 2.500.00) como parte del precio de venta estipulado en la escritura número 25 de 4 de enero de 1951 de la Notaría 2ª de Armenia.

"Octavo.—Las situaciones indicadas en los numerales anteriores subsisten en la actualidad, lo que implica una notoria falta de cumplimiento de la compradora a las obligaciones por ella pactadas en la escritura 963 de 30 de julio de este año, la que a su vez ha incidido en ilícito penal por haber vendido como libre una cosa gravada y por haberse dicho dueña de un bien de la (sic) cual ni ella, ni sus inmediatos tradentes presuntos anteriores han sido dueños.

"Noveno.—Mi mandante transfirió el dominio y la posesión del bien por ella vendido, pero no conserva en la fecha sino la simple posesión material del lote que le fue entregado como contraprestación de parte del precio de venta, Ella exige, en consecuencia, que se le cumpla el contrato, limpiando de gravámenes el referido lote y permitiendo mediante la cancelación del embargo vigente la inscripción en el registro de su título de adquisición; todo esto con indemnización de daños y perjuicios".

Certificado del registrador.—Dice que el solar a que se refiere la escritura 963 de 30 de julio de 1952 lo adquirió Cesarfina Carrión de Bustamante por compra a Rodrigo Mejía Gómez; éste lo adquirió por compra a Juan C. Gutiérrez; éste, por permuta con Luis Vélez Mejía; éste, por compra a José Daza, según escrituras públicas que se citan; y agrega: "VI. — José Daza, adquirió por compra a Isabel Laverde de O. según escritura 72 de 1º de junio de 1951 de la notaría de Finlandia, la cual se encuentra sin registrar, en esta Oficina, pues en dicha escritura, la señora Laverde de O. dice que adquirió por compra a Miguel Salazar, según la escritura 35 de 17 de enero de 1951, de la notaría 2ª de Calarcá, la cual tampoco está registrada por existir vigente un embargo contra Miguel Salazar, el cual afecta el inmueble del cual hace parte el de cuya tradición se trata. VII.—Miguel Salazar Jiménez, adquirió por compra a Alfredo Salazar Molina, según escritura 25 de 4 de enero de 1951 de la Notaría 2ª de Armenia, registrada el 18 de los mismos, en el libro 1º impar, tomo 1º, folio 24, partida 50. Se hizo la venta en la suma de $ 6.000.00, de los cuales se pagaron de contado $ 3.500.00; y los $ 2.500.00 restantes con seis meses de plazo, contados desde el 26 de diciembre de 1950, reconociendo un interés del uno y medio por ciento mensual, pagaderos por mensualidades vencidas, en cuya garantía el comprador hipotecó el mismo inmueble comprado, hipoteca que se registró el 18 de enero de 1951, en el libro de hipotecas, tomo 1º, folio 25, partida 64, y que está vigente". En el punto XXVI del certificado se refiere el registrador al registro del embargo decretado en diligencias preventivas promovidas por Mario Delgado contra Miguel Salazar.

El certificado de que se trata fue adicionado en el término de pruebas. En tal adición se expresa que "el inmueble en referencia se halla li-

bre de hipotecas distintas a las relacionadas en el numeral VII del certificado que antecede, libre de embargos y demandas civiles, distintos al relacionado en el numeral XXVI del mismo certificado".

Sentencia de primera instancia.—Declara probada la excepción perentoria de petición de modo indebido, y en consecuencia absuelve a la demandada de los cargos formulados en la demanda.

Sentencia acusada. — Confirma la de primera instancia, que fue apelada por la parte demandante.

Dice el sentenciador que en la copia de la escritura pública número 963 de 30 de junio de 1952, que se encuentra en autos, aparece que tal escritura fue registrada en el libro número 1º impar, tomo 2º, al folio 287 vto., partida número 1159, registro que lleva fecha 3 de septiembre de 1952; y agrega: "La tradición inscrita que ordena el artículo 756 del Código Civil cuando se trate de bienes raíces, se operó oportunamente, y como en la misma escritura consta que desde la fecha de ella la señora Carrión entregó a la señora Mejía Botero el inmueble que le transfirió por dación en pago, de todo se concluye que la tradente señora Carrión cumplió su obligación de hacer la entrega o tradición, tanto en el orden inscrito, como en el material —una de las obligaciones del vendedor— según el artículo 1880 ibidem".

En lo que respecta al embargo de que habla el punto XXVI del certificado del registrador, expone que como la escritura número 963 fue registrada, según se ha visto, "hay que concluir que el embargo no recaía sobre el solar objeto de la acción que se estudia, pues de lo contrario habría que afirmar que el registrador incurrió en error al hacer el registro de la escritura".

En lo concerniente a la hipoteca de que trata el punto VII del certificado del registrador, anota que la existencia de una hipoteca no puede tener el carácter de vicio oculto en relación con el contrato de compraventa de un inmueble, ya que tal gravamen consta en los libros de una oficina cuyo objeto principal es dar publicidad a los actos jurídicos, especialmente a los que versan sobre inmuebles; y concluye: "En la escritura número 963 no se expresa que la señora Carrión de Bustamante se hubiera comprometido a cancelar la hipoteca que pesaba sobre el inmueble que transmitió a la señora Mejía Botero en dación en pago, ni tampoco a transmitir el inmueble libre de todo gravamen. Aquélla cumplió las obligaciones que como vendedora le impone el artículo 1880 del Código Civil y por lo tanto no se le puede exigir el cumplimiento de un contrato cumplido".

La casación

El recurrente, invocando la causal primera, acusa el fallo:

Primero. — Por violación de los siguientes artículos del Código Civil: 1880, por indebida aplicación; y 1546, 756, 673, 764, 765, 785, 789, 740, 745, 749 y 752, por falta de aplicación; violación proveniente de error de hecho en que incurre el sentenciador al no apreciar el certificado del registrador de instrumentos públicos que se acompañó a la demanda y que fue ampliado en el curso del juicio. Se refiere el recurrente al punto VI del certificado, y expone: "Como consecuencia de lo anterior, resulta que en la cadena de causahabientes se encuentran Isabel Laverde de O. y Miguel Salazar Jiménez, la primera vendedora de José Daza, y el segundo comprador de Alfredo Salazar Molina por escritura número 25 de 4 de enero de 1951 de la Notaría 2ª de Armenia. José Daza es el vendedor de Luis Vélez Mejía, de quien ya se hizo mención; Miguel Salazar Jiménez es el vendedor de Isabel Laverde, pero la escritura de venta, que lo es la 35 de 17 de enero de 1951 de la Notaría 2ª de Calarcá no ha sido registrada, interrumpiéndose así la posesión inscrita en el vendedor Salazar Molina, posesión que no ha sido cancelada por ninguno de los medios de ley".

Segundo.—Por violación de los siguientes artículos del Código Civil: 1880, por aplicación indebida; y 1546, 1521, 1945, 1496, 1499, 1501, 1517, 1602, 1603, 1618, 1620, 1945 y 15, por falta de aplicación: violación proveniente de error de hecho evidente en la apreciación del contrato que consta en la escritura 963 de 1952.

Se refiere el recurrente al párrafo del fallo en que se expresa que la demandada no se obligó a cancelar la hipoteca que pesaba sobre el inmueble que transfirió a la Mejía Botero en dación en pago, ni tampoco a transferir el inmueble libre de todo gravamen. Considera el recurrente que el tribunal incurrió en evidente error de hecho por falta de apreciación de la cláusula d) del numeral 6º de la escritura 963, que dice: "Que no lo tiene enajenado por título anterior y se halla libre de gravámenes que afecten o limiten el do-

minio, pleitos y condiciones resolutorias". Esta cláusula contiene la obligación de transferir el inmueble libre de gravámenes hipotecarios y de pleitos, obligación que no fue cumplida puesto que en el certificado consta que el bien dado a título de dación en pago estaba gravado con hipoteca y además estaba embargado.

Tercero.—Por violación de los siguientes artículos del Código Civil: 756, por interpretación errónea; 1880, por aplicación indebida; y 752 y 789, por falta de aplicación.

La disposición del artículo 756 del Código Civil no puede interpretarse aisladamente sino en armonía con las de los artículos 752 y 789 del mismo Código. El tribunal consideró que se había efectuado la tradición por la simple inscripción de la escritura, sin tener presente que conforme al artículo 752, si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada; y que según el 789, para que cese la posesión inscrita es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes, o por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro por decreto judicial.

La Corte considera:

a) Que de conformidad con el artículo 1849 del Código Civil, la compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a **dar** una cosa, esto es, a transferir el dominio de la misma, obligación que se cumple mediante la **tradición**, modo de adquirir claramente definido en el artículo 740 del Código Civil.

b) Que la obligación de dar contiene la de entregar pero no se confunde con ésta (artículo 1605 del Código Civil); cierto es que el artículo 1880 del mencionado Código, al señalar las obligaciones del vendedor, no habla de obligación de dar sino de obligación de entregar, pero cierto es también que la citada disposición es clara en el sentido de expresar que el vendedor debe hacer tradición de la cosa vendida conforme a las reglas contenidas en los artículos 740 y siguientes del Código Civil: a este respecto ha dicho la Corte que la obligación de entregar a que se refiere la disposición de que se trata tiene, en su cumplimiento, dos efectos necesarios: transferir la propiedad al comprador y procurarle la libre posesión no sólo civil sino física exenta de todo obstáculo.

c) Que la obligación de transferir el dominio que le incumbe al vendedor se desprende, no sólo de las disposiciones legales citadas, sino también de la del artículo 1893 del Código Civil, según el cual el vendedor debe amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida, de tal manera que la evicción, cuando ocurre, produce resultados que equivalen a la resolución del contrato por incumplimiento de una de las obligaciones del vendedor.

d) Que la **tradición,** según la definición del artículo 740 del Código Civil, es un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el **dueño** hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio y por otra la capacidad e intención de adquirirlo, de tal suerte que quien no es dueño no puede efectuar una verdadera tradición; con razón expresó la Corte en fallo de 28 de junio de 1937: "la **tradición** exige en el tradente estas condiciones subjetivas: propiedad de la cosa, facultad de transmitir su dominio, intención de enajenar; si falta una de estas condiciones **no** hay **tradición** y por lo mismo no hay enajenación".

e) Que de conformidad con la definición de tradición, contenida en el artículo 740 ya citado, el artículo 752 establece: "Si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada"; y el artículo 753 dispone: "La tradición da al adquirente, en los casos y del modo que las leyes señalan, el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho".

f) Que, en armonía con la doctrina consagrada en las citadas disposiciones legales, el artículo 1633 del Código Civil establece: "el pago en que se debe transferir la propiedad, no es válido, sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa pagada o la paga con el consentimiento del dueño".

g) Que, como es bien sabido, el contrato de venta no transfiere el dominio y sólo produce obligaciones, por lo cual, de conformidad con el artículo 1871 del Código Civil, la venta de cosa ajena es válida pero es claro que el vendedor, en tal caso, contrae para con el comprador las mismas obligaciones que si fuera vendedor de cosa propia, obligaciones que sólo quedan cumplidas, en lo que concierne a la tradición, cuando ad-

quiere el dominio de la cosa, según lo previsto en el inciso 2º del artículo 752, o cuando obtiene la ratificación del verdadero dueño de acuerdo con lo expresado en el artículo 1874; pero que tal obligación del vendedor en manera alguna queda cumplida con el simple hecho de colocar a quien figura como comprador en posibilidad de ganar el dominio por la prescripción. En otros términos, el contrato es válido pero si el vendedor, por no ser dueño, no puede efectuar una tradición válida, falta al cumplimiento de una de las obligaciones que le corresponden.

h) Que, tratándose de bienes inmuebles, la obligación del vendedor de efectuar la tradición de la cosa vendida no queda cumplida con el simple registro de la escritura en que consta el contrato; tal obligación sólo se cumple mediante una tradición válida y eficaz, o sea proveniente del verdadero dueño.

i) Que, según lo expresó esta corporación en sentencia de 29 de julio de 1942, relacionada con el caso de que trata el artículo 1873 del Código Civil, "el nuevo o último comprador viene a quedar constituído, no en dueño del inmueble, sino en acreedor de su vendedor para el efecto de exigirle el cumplimiento de sus prestaciones bilaterales, de carácter personal; puede, por consiguiente, acogerse al artículo 1546 del Código Civil y optar entre pedir la resolución o el cumplimiento del contrato, en ambos casos con la correspondiente indemnización de perjuicios", doctrina que debe tener aplicación en el caso de que el vendedor, por no ser dueño, no pueda efectuar una verdadera tradición.

j) Que, por otra parte, cuando el vendedor declara, al celebrar el contrato de venta, que la cosa vendida está libre de gravámenes, así deberá entregarla al comprador; por consiguiente, si la cosa vendida aparece con algún gravamen, el vendedor falta al cumplimiento de las obligaciones que le impone el contrato, y puede por tanto en tal caso el comprador ejercer los derechos establecidos en el artículo 1546 del Código Civil.

k) Que el sentenciador, al decidir que con la simple inscripción de la escritura de venta queda cumplida por parte del vendedor la obligación de hacer tradición al comprador de la cosa vendida, viola por interpretación errónea la disposición del artículo 756 del Código Civil, ya que la tradición, para que sea válida y eficaz, debe ser hecha por el verdadero dueño, según los artículos 740 y 752 del mismo Código, que también resultan infringidos.

l) Que, además, incurre el sentenciador en manifiesto error de hecho al decidir que el contrato a que se refiere el juicio no le impuso a la demandada la obligación de transferirle a la demandante, libre de todo gravamen, el dominio del inmueble señalado en la letra d) de la cláusula sexta.

m) Que al decidir que la demandada dio cumplimiento a todas las obligaciones que en relación con el referido inmueble le impuso el contrato, quebranta el sentenciador los artículos 1546, 1603 y 1880 del Código Civil; y

n) Que, por lo expuesto, debe la Corte casar el fallo y dictar la sentencia de instancia que corresponda.

Sentencia de instancia

Para pronunciarla se considera:

1º — Que según el certificado del registrador cuya parte pertinente se transcribió atrás, las escrituras públicas números 35 de 1951 de la notaría segunda de Calarcá, sobre venta de Miguel Salazar a Isabel Laverde, y 72 del mismo año y de la notaría de Finlandia, sobre venta de ésta a José Daza, no fueron registradas por existir un embargo decretado en diligencia contra Miguel Salazar; y que, por consiguiente, no son válidas las tradiciones posteriores del inmueble a que se hace referencia.

2º—Que, además, sobre el mencionado inmueble, de acuerdo con el mismo certificado, aparece vigente un gravamen hipotecario constituído por escritura 25 de 1951 de la notaría de Armenia, por la suma de dos mil quinientos pesos.

3º—Que, por lo expuesto, la demandada no dio cumplimiento a las obligaciones expresadas en el contrato respecto del bien mencionado en la letra b) de la cláusula sexta de la escritura 963 de 1952, otorgada en la notaría tercera de Armenia.

4º—Que, en consecuencia, debe accederse a la primera petición de la demanda, sobre cumplimiento, por parte de la demandada, del contrato a que se refiere el juicio. No así a la segunda petición, que carece de fundamento legal: El demandante ha ejercido el derecho de pedir el cumplimiento del contrato de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil.

5º—Que, en cuanto a los perjuicios por el incumplimiento, no aparecen comprobados en el juicio. A este respecto sólo existe un dictamen pericial fundado, no en hechos demostrados, sino en simples conjeturas.

6º—Que, como ya se ha visto, según consta en la escritura pública 693 de 1952 de la notaría segunda de Armenia, la demandada se obligó a transferir a la demandante, libre de gravámenes y de embargos, el dominio del solar especificado en la letra b) de las declaraciones de la compradora. En cumplimiento de esta obligación, debe la demandada obtener: a) el levantamiento del embargo decretado en las diligencias preventivas seguidas en el Juzgado primero municipal de Pereira por Mario Delgado contra Miguel Salazar; b) el registro de las escrituras públicas números 72 de 1º de junio de 1951 de la notaría de Finlandia, y 35 de 17 de enero de 1951 de la notaría segunda de Calarcá; y c) la cancelación de la hipoteca que consta en la escritura pública número 25 de 4 de enero de 1951, otorgada en la notaría segunda de Armenia.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1º—Casar la sentencia acusada;

2º—Revocar la de primera instancia;

3º—Decidir el pleito así:

a) La demandada Cesarfina Carrión de Bustamante debe dar cumplimiento a las obligaciones contraídas según la escritura número 963, otorgada el 30 de junio de 1952 en la notaría tercera de Armenia, en la forma expresada en el numeral 6º de la parte motiva de este fallo de instancia. Esta obligación será cumplida en el término de cuarenta días, contados a partir de la ejecutoria del auto en que el Juzgado del Circuito ordene obedecer y cumplir lo dispuesto en este fallo;

b) Deniéganse las demás peticiones de la demanda;

c) Sin costas en las instancias; y

4º—Sin costas en el recurso de casación.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL. Devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Alberto Zuleta Angel — Ignacio Gómez Posse. Agustín Gómez Prada—Luis F. Latorre U. — Ernesto Melendro L., Srio.

PRUEBA DE LA POSESION NOTORIA DEL ESTADO CIVIL DE HIJO NATURAL. EL JUICIO DEL SENTENCIADOR DE INSTANCIA ES INTOCABLE EN CASACION. —EL RECONOCIMIENTO DE HIJO NATURAL ES UN ACTO JURIDICO DE DERECHO FAMILIAR. — NULIDADES DEL ACTO DE RECONOCIMIENTO DE HIJO NATURAL. — QUIENES PUEDEN IMPUGNAR EL RECONOCIMIENTO. — EL MINISTERIO PUBLICO PUEDE DEMANDAR LA NULIDAD ABSOLUTA DEL RECONOCIMIENTO HECHO POR UN DEMENTE

1.—La Corte ha sostenido a propósito de la causal de paternidad natural consagrada en el ordinal 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936: A). El tratamiento y la fama, que son los elementos constitutivos de la posesión notoria, deben asentarse en el hecho de que el supuesto progenitor proveyó o ha proveído, con tal carácter, a estos tres objetivos, en favor del hijo: a) a su subsistencia; b) a su educación; c) a su establecimiento (art. 6º). De donde se desprende que cualesquiera otras manifestaciones distintas, admisibles como indicativas de vinculaciones familiares entre tales sujetos, pueden servir para corroborar el tratamiento jurídico contemplado por la ley para el efecto expresado, pero jamás lo suplen; B). Al decir del artículo 399 del Código Civil —aplicable a la filiación natural por virtud del artículo 7º de la Ley 45 de 1936— que la posesión notoria del estado civil se probará por un CONJUNTO de testimonios FIDEDIGNOS, "que la establezcan de un modo IRREFRAGABLE", sentó en la materia un régimen probatorio riguroso en extremo, implicativo de un número de testigos superior a dos, fehacientes sin lugar a duda, cuyas declaraciones —responsivas, exactas y completas, como deben serlo— sean "incontrastable" (que a tanto equivale el vocablo "irrefragable"), por la coincidencia en las circunstancias de lugar, tiempo y modo que en ellas se expongan y por las explicaciones acerca de la manera como los testigos percibieron el hecho declarado; C). Respecto de la parte final del artículo 6o. de la Ley 45, o sea, la circunstancia exigida por esa norma consistente en que los deudos y amigos del pretenso padre hayan reputado a una persona como hija de él, estima la Corte que debe interpretarse y aplicarse en la misma forma como la jurisprudencia y la doctrina han interpretado y aplicado la última parte del artículo 397 del Código Civil, o sea, que no basta la estimación, ni la expresión conceptual de los testigos al respecto, sino que es necesario que ella esté respaldada por los hechos, educación, sostenimiento y establecimiento del pretendido hijo. La apreciación de los testigos al respecto, no es por sí sola la prueba de ese estado sino que debe ser la deducción, en virtud de los hechos positivos, sostenimiento, educación y establecimiento, presenciados por esos mismos testigos; D). Refiriéndose a la prueba de la posesión notoria del estado civil, el rigor interpretativo se explica por tratarse de cuestión tan delicada y atañadera al orden público interno, como lo es el estado civil de las personas. Y debe ser aún más estricto cuando se trata de la filiación natural, porque entonces no existe la presunción legal que ampara a los hijos de matrimonio legítimo (PATER IS EST QUEM NUPTIAE DEMONSTRANT) y porque cualquiera de los hechos a que se refiere el artículo 4o. de la Ley 45 de 1936, más sirve para investigar la paternidad natural, haciendo admisible la demanda, que para fundar forzosamente la declaración judicial (Casación: octubre 16 de 1943, LVI, 206; abril 21 de 1954, LXXVIII, 402; septiembre 14 de 1954, LXXVIII, 500).

2.—Si el Tribunal no encontró en las declaraciones allegadas a los autos y analizadas en el fallo recurrido, el conjunto de testimonios fidedignos que establezcan de manera irrefragable los hechos estrictos y precisos que la ley señala como constitutivos de la posesión notoria del estado civil de hijo natural reclamado por el demandan-

te, tal juicio del sentenciador de instancia sobre las condiciones personales de los testigos, sobre el fundamento de sus deposiciones y las fuerza de convicción, es intocable en casación, no apareciendo demostrado un flagrante y ostensibe error de hecho en la apreciación de esos testimonios.

3.—Después de la Ley 45 de 1936, en Colombia se adquiere el estado civil de hijo natural con respecto al padre, bien por reconocimiento expreso de éste, o bien por sentencia judicial que así lo declare. El reconocimiento de paternidad natural respecto de una persona es un "acto libre y voluntario del padre" (Ley 153 de 1887, artículo 55). Por medio de tal acto, una persona hace constar el vínculo de paternidad preexistente biológicamente.

En Colombia la doctrina y la jurisprudencia han considerado el reconocimiento de hijo natural, bien como un simple medio de prueba (RECONOCIMIENTO-CONFESION), o bien como un negocio jurídico de derecho familiar (RECONOCIMIENTO-ADMISION). En fallo de reciente data la Corte se ha inclinado hacia esta última doctrina (Casación: febrero 17 de 1948, LXIII, 685). El reconocimiento de hijo natural "es declarativo, en tanto no constituye un medio de prueba sino un negocio jurídico en cuya virtud se establece el vínculo familiar sobre bases preexistentes, puestas en evidencia jurídica por medio del reconocimiento; por eso algunos autores lo señalan como acto-admisión, no como un acto-confesión, circunstancia que en nuestro derecho se destaca en el texto del artículo 1º de la Ley 45 de 1936, armonizado especialmente con el 4º ibidem."

Dentro del estado actual de nuestra legislación y en el concepto moderno de la doctrina, se reitera la anterior jurisprudencia de la Corte y se afirma que el reconocimiento de hijo natural es un acto jurídico de derecho familiar, por medio del cual una persona declara cierta la relación paterno-filial respecto de otra, en cualquiera de las siguientes formas: a) en el acto de nacimiento del hijo reconocido, firmándola el padre; b) en escritura pública; c) en testamento; d) en manifestación expresa y directa hecha ante un juez, aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y primordial del acto que lo contiene (Ley 45 de 1936, artículos 1º y 2º). El reconocimiento, como dice Messineo, es una constancia o declaración certificativa, de derecho sustancial no meramente probatorio. Por medio de él, la relación de hecho (paternidad biológica) se transforma en relación de derecho (paternidad reconocida), fijándose el estado civil correspondiente con los derechos y obligaciones anexos de orden patrimonial y extrapatrimonial. Como acto jurídico de derecho familiar, no contractual, trasciende al reconocimiento el concepto de orden público que allí predomina.

4.—Aplicando las normas del Título 20 del Libro 4º del Código Civil, el reconocimiento de un hijo natural, como acto jurídico, puede ser invalidado por las mismas causas que anulan todos los actos jurídicos, bien por falta de los requisitos de fondo, bien por omisión de las formalidades necesarias para su validez: los primeros se refieren a la capacidad legal y al consentimiento del padre que reconoce, y las últimas a las solemnidades del acto (partida de nacimiento, escritura pública, testamento, declaración ante juez). El reconocimiento puede ser absoluta o relativamente nulo. Así, el reconocimiento hecho por un demente es absolutamente nulo; el reconocimiento cumplido por fuerza o dolo, es relativamente nulo. Así mismo, la nulidad absoluta de un reconocimiento "puede y debe ser declarada por el juez aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral y de la ley" (Ley 50 de 1936, art. 2º).

Siendo el reconocimento nu negocio jurídico de derecho familiar, la nulidad absoluta puede atacarse por una persona distinta de su autor y sus herederos, con un simple interés moral procedente de su vinculación próxima a la familia del supuesto autor del reconocimiento: padres e hijos del reconocedor.

Por otra parte, siendo el reconocimiento una declaración certificativa por medio de la cual se fija un estado civil con fundamento en el hecho de la procreación, el acto puede repudiarse por el hijo, conforme al artículo 57 de la Ley 153 de 1887, o bien impugnarse por cualquiera que tenga inte-

rés actual en ello, interés económico o moral, demostrando que el reconocido no ha podido tener por padre al reconocedor, según el artículo 58 de la Ley 153 de 1887. Son interesados para impugnar el reconocimiento, además del propio hijo, sus verdaderos padres, los parientes próximos del autor del reconocimiento (padres e hijos) y los terceros a quienes este acto perjudique, como por ejemplo, los donatarios y legatarios expuestos a una demanda de reducción. Es indudable que basta un simple interés moral, como lo ha aceptado la doctrina y jurisprudencia francesa.

5.—No apareciendo de manifiesto en la propia escritura de reconocimiento de hijo natural, la nulidad absoluta consistente en la demencia del reconocedor, para la demostración de la cual tiene que acudirse a otras pruebas distintas del propio acto notarial, no puede declararse oficiosamente por el juez. Pero el Ministerio Público sí puede demandarle "en el interés de la moral y de la ley".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veintidos (22) de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Manuel Barrera Parra.)

La Corte resuelve en el fondo sobre la demanda de casación formalizada por la parte actora en el juicio ordinario de Ana Tilcia Buitrago de Noriega contra Adelaida Fandiño de Díaz, decidido en segunda instancia por el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia del 29 de septiembre de 1954.

I—Antecedentes:

Ante el Juzgado 3º Civil del Circuito de Bogotá, María Tilcia Buitrago de Noriega, por medio de apoderado, siguió juicio ordinario contra Adelaida Fandiño de Díaz, sobre declaración de filiación natural respecto de Otoniel Peñuela, ya finado, petición de herencia, nulidad del reconocimiento de hija natural de la demandada e indemnización de perjuicios.

Los hechos en que se funda la demanda se resumen así:

1º—María Tilcia Buitrago de Noriega nació en Gámbita, Departamento de Santander, el 23 de enero de 1920, fruto del parto de Consolación Buitrago, soltera, y cuyo procreador fue Otoniel Peñuela, también soltero.

2º—Otoniel Peñuela trató siempre a María Tilcia Buitrago como hija suya, proveyó a su subsistencia, educación y establecimiento; y sus amigos y, en general, el vecindario de Gámbita, en donde aquél tenía su domicilio, reputó a María Tilcia como hija de dicho padre, a virtud de aquel tratamiento.

3º—Francisco A. Noriega S. contrajo matrimonio en Gámbita, por el rito católico, con María Tilcia Buitrago, el 22 de junio de 1942 y fue a Otoniel Peñuela, como padre natural de la novia, a quien el novio solicitó el consentimiento para casarse.

4º—El 15 de junio de 1949 el señor Otoniel Peñuela fue hospitalizado en el establecimiento particular de alienados, Clínica de Nuestra Señora, de esta ciudad, en vista de que desde hacía algún tiempo venía presentando numerosos e inequívocos síntomas de locura en Gámbita.

5º—El doctor Mario Camacho, Jefe de esa Clínica, certificó el 31 de diciembre de 1949, que tanto a su ingreso como a su salida el señor Otoniel Peñuela presentaba síntomas de demencia senil, la cual por su naturaleza no tenía curación y hacía inútil todo tratamiento, por cuyo motivo aconsejó el retiro del paciente de la clínica. Esto se llevó a cabo el 10 de octubre de 1949.

6º—Adelaida Fandiño de Díaz, con el conocimiento, el consentimiento y la cooperación de su cónyuge Luis Francisco Díaz Suárez aprovechó el estado de demencia del señor Otoniel Peñuela a quien a la salida de la Clínica de Nuestra Señora recluyó en su casa para hacerle firmar la escritura número 6160 pasada el 19 de octubre de 1949, ante el Notario 2º de este Circuito, en la cual aparece el demente Peñuela realizando el acto de reconocer como hija natural suya a Adelaida Fandiño de Díaz, reconocimiento que la interesada se apresuró a aceptar en el cuerpo mismo de ese instrumento público.

7º—Logrado lo anterior, Adelaida Fandiño de Díaz internó a su supuesto padre en el hospital de La Samaritana, el cual es de pensionados. Con el fin de no pagar la pensión que ocasionaba la atención de Peñuela, sin embargo de que éste contaba con bienes de fortuna de cuya composición y cuantía tenía exacto conocimiento su pretendida hija natural Adelaida Fandiño de Díaz, ésta lo llevó a la Colonia de Mendigos de Sibaté el 29 de noviembre de 1949. El médico de esa Co-

lonia doctor R. Martín Rodríguez, certifica que Peñuela sufría de sífilis terciaria de pronóstico incurable, cuando fue internado en la Sala San Luis de aquella colonia.

8º—Allí murió intestado Peñuela, el 27 de enero de 1950, en el último grado de abandono, miseria y soledad.

9º—A instancia de Adelaida Fandiño de Díaz, el 10 de febrero de 1950 quedó radicado en el Juzgado 1º Civil de este Circuito, el juicio de sucesión intestada de Otoniel Peñuela, en el cual ella se presentó como única heredera y que todavía cursa allí.

10º—En los inventarios realizados en este juicio, la demandada relacionó los bienes relictos en forma algo distinta a como se hace ahora con base en el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito del Socorro.

11º—La demandada no relacionó en los inventarios del juicio de sucesión de Otoniel Peñuela, pero sí los ocupó en calidad de heredera los semovientes que enumera el libelo.

12º—En el juicio de sucesión de Otoniel Peñuela la demandada hizo la relación de bienes relictos que se enumera en el libelo.

13º—La demandada ocupa en calidad de heredera todo el patrimonio relicto referido.

14º—Adelaida Fandiño de Díaz tenía conocimiento por haberlo presenciado, del trato constante que Otoniel Peñuela daba de hija suya a María Tilcia Buitrago de Noriega, y por tal siempre la había reputado.

Con base en los hechos anteriores, la parte actora pidió que se decidiera lo siguiente:

"a)—Que en virtud de las circunstancias afirmadas en los hechos pertinentes de esta demanda, se declare a mi poderdante Tilcia Buitrago de Noriega hija natural del señor Otoniel Peñuela, ya fallecido;

"b)—Que se ordene al Alcalde Municipal de Gámbita, Departamento de Santander, que extienda en el libro de registro del estado civil el acta de la filiación natural paterna de la demandante que se sentencia a virtud de esta demanda;

"c)—Que, en consecuencia, la demandante tiene la calidad de legitimaria de su padre natural Otoniel Peñuela, con vocación para recurrir como heredera en todos los bienes del difunto;

"ch)—Que es nulo, por causa de demencia en el momento de la ejecución del acto, el reconocimiento de Adelaida Fandiño de Díaz como hija natural suya, hecho por Otoniel Peñuela mediante la escritura número 6160, pasada el 19 de octubre de 1949, ante el Notario 2º de este Circuito;

"d)—Que a causa de lo dicho, y por estar toda la herencia de Otoniel Peñuela ocupada por la demandada Adelaida Fandiño de Díaz, en calidad de única heredera suya intestada, se adjudique a la demandante la herencia y se condene a la demandada a restituir a mi poderdante las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales, singularizadas en los hechos pertinentes de esta demanda, junto con los frutos correspondientes y el abono de mejoras a que hubiera lugar, lo mismo que aquellas cosas de que el difunto era mero tenedor y que no hubieren vuelto legítimamente a sus dueños;

"e)—Que es nulo, o por lo menos inoponible a la demandante el decreto de posesión efectiva de la herencia que, en el juicio de sucesión intestada de Otoniel Peñuela, dicte el Juzgado 1º Civil de este Circuito a favor de Adelaida Fandiño de Díaz, quien aparece como única heredera, y que se ordene al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito del Socorro efectuar las cancelaciones de las pertinentes inscripciones que haya hecho a favor de la demandada en ese juicio de sucesión, lo mismo que hacer las nuevas inscripciones del caso a favor de la demandante;

"f)—Que la demandada es civilmente responsable por su hecho ilícito, su dolo o su culpa en la realización del acto jurídico contenido en la citada escritura número 6160, pasada el 19 de octubre de 1949 ante el Notario 2º de este Circuito;

"g)—Que, en consecuencia, se la condene a pagar en dinero a la demandante los perjuicios materiales y morales que con ese acto le causó, perjuicios cuya cuantía se determinará en el curso de este juicio o en el de las diligencias que procedan para el cumplimiento de la sentencia;

"h)—Que se condene a la demandada en las costas de este proceso."

En subsidio de las súplicas ch), d), e) f) y g) la demandante pidió:

"i)—Que por estar toda la herencia de Otoniel Peñuela ocupada por la demandada Adelaida Fandiño de Díaz en su calidad de única heredera suya intestada, se adjudique a la demandante la mitad de la herencia y se condene a la demandada a restituir a mi poderdante la parte que le corresponde en las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales, singularizadas en los hechos pertinentes de esta demanda. junto con los frutos correspondientes y el abono de mejoras a que hubiere lugar;

"j)—Que se declare sin valor legal alguno, o

inoponible a la demandante, el decreto de posesión efectiva de la herencia a favor de la heredera demandada que dicte el Juzgado 1º Civil de este Circuito y se decrete la distribución y liquidación de los efectos hereditarios entre las dos herederas, la demandante y la demandada, en proporción a sus correspondientes vocaciones; y se ordene cancelar las inscripciones pertinentes hechas a favor de la demandada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito del Socorro, y se disponga hacer en su oportunidad las inscripciones del caso en los libros pertinentes de esa misma oficina a favor de ambas litigantes".

La demandada al descorrer el traslado de la demanda se opuso a las pretensiones de la actora, negando los hechos en que se fundan las acciones incoadas.

El juez del conocimiento en sentencia del 29 de abril de 1954 absolvió a la demandada y condenó en costas a la actora.

Apelado este fallo por la parte demandante fue confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia del 29 de septiembre de 1954.

Contra la decisión de segunda instancia ha recurrido en casación la demandante.

III—Sentencia recurrida

El Tribunal en la sentencia recurrida examina pormenorizadamente la prueba testimonial allegada por la parte actora para demostrar la posesión notoria del estado de hija natural reclamado.

El Tribunal considera que la prueba examinada en la sentencia, no reúne los requisitos exigidos en la ley para acreditar la causal de declaración de paternidad consagrada en el ord. 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

En sentir del Tribunal, no habiéndose demostrado el estado de hija natural de la actora respecto de Otoniel Peñuela, ella carece de personería sustantiva para intentar la acción tendiente a anular el reconocimiento de hija natural otorgado por Peñuela en favor de Adelaida Fandiño de Díaz.

III—Demanda de casación.

El recurrente acusa la sentencia por la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial.

Formula en síntesis, los siguientes cargos:

1º—Errores manifiestos de hecho en la apreciación de la prueba testimonial, los que el recurrente puntualiza mediante el examen de las distintas declaraciones.

2º—A consecuencia de esos errores manifiestos de hecho, el Tribunal incurrió en otros errores de derecho, a saber:

a)—En la apreciación de los testimonios violó los artículos 697, 698 y 699 del C. J., y a consecuencia de ello, infringió el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, y los artículos 397 y 399 del C. C.;

b)—En la apreciación de los testimonios que cita en el libelo violó los artículos 697 y 699 del C. J. y como consecuencia de ello, los artículos 399 del C. C. y 6º y 1º de la Ley 45 de 1936;

c)—En el desconocimiento del mérito legal de los testimonios que menciona en el libelo, violó los artículos 697 del C. J. y 6º de la Ley 45 de 1936, y como resultado de ello, el 1º de esa misma Ley.

d)—En la apreciación de los testimonios a que alude en la demanda, violó los artículos 697 y 698 del C. J., 398 y 399 del C. C. y 6º de la Ley 45 de 1936, y como resultado de ello, el 1º de esta Ley.

e)—En la apreciación de la prueba testimonial, el Tribunal violó los artículos 697 del C. J. y 398 del C. C., con el resultado a consecuencia de ello, de la violación del artículo 1º de la Ley 45 de 1936.

3º—Infracción directa de los artículos 1741 y 1746 del C. C.; 604, 608 y 605 del C. J., 2º de la Ley 50 de 1936, 2º de la Ley 45 de 1936, y 55 y 58 de la Ley 153 de 1887.

IV—Examen de los cargos

Las acusaciones contra la sentencia recurrida se pueden reducir a dos series de cargos:

1º—**Por infracción indirecta.** Al considerar no existente la posesión notoria del estado civil de hija natural reclamado por la demandante, el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba testimonial allegada al juicio, por cuanto de ella aparece plenamente demostrado que durante un lapso mayor de diez años, Otoniel Peñuela trató a María Tilcia Buitrago como hija suya, atendiendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y el vecindario de Gámbita en general la reputó como tal, a virtud de aquel tratamiento.

Como consecuencia de la errónea apreciación de la prueba testimonial el sentenciador infringió los artículos 697, 698 y 699 del Código Judi-

cial, los artículos 397, 398 y 399 del Código Civil, y 1º y 6º de la Ley 45 de 1936.

2º— **Por infracción directa.** Al abstenerse de considerar la súplica sobre nulidad absoluta del reconocimiento de hija natural de Adelaida Fandiño de Díaz atribuído a Otoniel Peñuela cuando éste se hallaba en estado de demencia o enajenación, por negar el Tribunal personería sustantiva a la actora, la sentencia violó directamente los artículos 1740 y 1741 del Código Civil; 604, 605 y 608 del Código Judicial; 55 y 58 de la Ley 153 de 1887; 2º de la Ley 45 de 1936 y 2º de la Ley 50 de 1936, bien porque la impugnación de dicho reconocimiento puede impetrarse por quien sólo tenga un simple interés moral que no puede desconocerse a la demandante, auncuando no se la declare hija natural de Otoniel Peñuela, o bien porque la declaración de nulidad absoluta de dicho acto atinente al régimen de familia que es de orden público, podía y debía pronunciarse oficiosamente por el juez.

Se considera:

1.—Los meritorios esfuerzos del recurrente enderezados a provocar la infirmación del fallo por supuestos errores de hecho o de derecho en la estimación del Tribunal respecto de la prueba testimonial sobre la posesión notoria del estado civil de hija natural reclamado por la actora, encallan ante la imposibilidad de revisar en casación el juicio del sentenciador de instancia sobre lo elementos de convicción que el fallo encuentra deficientes para acreditar de manera irrefragable tal posesión durante el lapso requerido por la ley.

El Tribunal, después de analizar uno a uno los testimonios producidos, llega a la conclusión de que la prueba es insuficiente "para llevarlo a la convicción exacta sin lugar a dudas de que la actora en realidad es hija natural de Otoniel Peñuela".

En la sentencia se expresa esta crítica de conjunto a la prueba testimonial allegada a los autos:

"El primer reparo que se considera como fundamental, es el relacionado con el tiempo en que pudieron ocurrir los hechos que afirman, pues ninguno de los testigos lo determina sino se limitan a decir que "siempre" se sostenía que la actora era hija de Peñuela, palabra indefinida para establecer el término que indica la ley, pues auncuando según el diccionario significa "en todo tiempo, o en cualquier tiempo y ocasión", sin embargo, los declarantes no indican la fecha en que tuvieron ocurrencia los hechos por éstos consignados, ignorándose como consecuencia si el lapso de diez años por lo menos y de manera continua que exige la ley se consumó en aquel tratamiento; tampoco dicen los testigos en qué consistían los actos del presunto padre para afirmar que éste proveía para su educación y subsistencia, pues se limitan a sostener que atendía aquella obligación, pero en ninguna parte determinan esos hechos en forma precisa, o sea que omiten la relación de hechos positivos de donde pudiera deducirse que realmente el señor Peñuela atendió a los deberes de sostenimiento, educación y establecimiento de quien se pretende ser su hija natural, y por lo tanto no está acreditado el requisito indispensable de que trata el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, en su parte primera".

No es posible revivir en casación el debate probatorio definitivamente clausurado en las instancias. No es la casación una tercera instancia sino un recurso extraordinario en que se enfrenta la sentencia a la ley.

Sobre los conceptos de errores manifiestos de hecho y errores de derecho en la apreciación de las pruebas ha dicho la Corte:

"Ha sido doctrina constante de la Corte la de que la apreciación de las pruebas hecha por el Tribunal debe ser respetada en casación, auncuando ella no sea compartida por la Corte. Y debe ser respetada, porque el recurso de casación no tiene por objeto hacer un nuevo análisis de los elementos probatorios, ni rectificar el criterio del juzgador de instancia sobre las cuestiones de hecho. Por eso, para que haya error de derecho en la apreciación de una prueba, se necesita que, al estimarla, se haya contravenido a la ley que la establece y valora. Y, por tanto, este concepto de error de derecho no comprende todo error en que haya podido incurrir el tribunal sentenciador en la estimación de los elementos lógicos que determinaron su convicción, sino que es necesario que el error implique la violación de un precepto legal positivo.

"El artículo 697 del C. J., implícitamente exige que el testigo deponga sobre hechos concretos, pero cuál deba ser el grado de concreción o determinación de esos hechos, es cosa que la ley no precisa y que deja, por tanto, a la discreta estimación del tribunal sentenciador. Y la Corte no puede sustituir esa discreción por la suya propia sin exceder los límites que la ley le ha señalado cuando, en tratándose de casación por mala apreciación de la prueba, no ha querido que

pase por encima de la que ha hecho el tribunal, sino por motivos determinados, uno de los cuales es el error de derecho, que sólo existe, en este caso, cuando los testimonios no aparecen acordes en cuanto a las circunstancias concretas de los hechos sobre que deponen, o cuando no expresan esas circunstancias.

"El error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba, a que se refiere el inciso segundo del ordinal 1º del artículo 520 del C. J., consiste en que el juzgador haya tenido como probado un hecho, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia de un medio de prueba que obra en autos y que demuestra evidentemente que tal hecho no existió; o bien, en que lo haya tenido como no probado, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia, en el proceso, de un medio de prueba que demuestre, evidentemente, que ese hecho existió. Y la recíproca es verdadera: hay también error de hecho cuando el fallador tiene como probado un extremo, en virtud de un medio probatorio que no existe u obra en el proceso; o cuando lo tiene como no probado, en virtud de un medio de prueba que no consta en los autos. En todos estos casos, el error del juzgador no versa sobre la existencia del extremo que se trata de probar, sino sobre la existencia del medio con el cual se trata de probarlo". (Casación, marzo 23 de 1954, LXXVII, 118 y 119).

La Sala encuentra que el Tribunal aplicó correctamente los principios legales que regulan la admisión y valor de la prueba testimonial, y en especial los que exigen determinados requisitos para acreditar la posesión notoria del estado civil de hijo natural.

Al respecto la Corte en fallos de antigua y reciente data ha sostenido a propósito de la causal de paternidad natural consagrada en el ordinal 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936:

A)—El tratamiento y la fama, que son los elementos constitutivos de la posesión notoria, deben asentarse en el hecho de que el supuesto progenitor proveyó o ha proveído, con tal carácter, a estos tres objetivos, en favor del hijo: a) a su subsistencia; b) a su educación y c) a su establecimiento (artículo 6º de la Ley 45 citada). De donde se desprende que cualesquiera otras manifestaciones distintas, admisibles como indicativas de vinculaciones familiares entre tales sujetos, pueden servir para corroborar el tratamiento jurídico contemplado por la ley para el efecto expresado, pero jamás le suplen.

B)—Al decir el artículo 399 del Código Civil —aplicable a la filiación natural por virtud del artículo 7º de la ley 45 de 1936— que la posesión notoria del estado civil se probará por un **conjunto** de testimonios **fidedignos**, "que la establezcan de un modo **irrefragable**" sentó en la materia un régimen probatorio riguroso en extremo, implicativo de un número de testigos superior a dos, fehacientes sin lugar a duda, cuyas declaraciones, —responsivas, exactas y completas, como deben serlo— sean "incontrastables" (que a tanto equivale el vocablo "irrefragable"), por la coincidencia en las circunstancias de lugar, tiempo y modo que en ellas se expongan y por las explicaciones acerca de la manera como los testigos percibieron el hecho declarado;

C)—Respecto de la parte final del artículo 6º de la Ley 45, o sea la circunstancia exigida por esa norma consistente en que los deudos y amigos del pretenso padre hayan reputado a una persona como hija de él, estima la Corte que debe interpretarse y aplicarse en la misma forma como la jurisprudencia y la doctrina han interpretado y aplicado la última parte del artículo 397 del Código Civil, o sea que no basta la estimación, ni la expresión conceptual de los testigos al respecto, sino que es necesario que ella esté respaldada por los hechos, educación, sostenimiento y establecimiento del pretendido hijo. La apreciación de los testigos al respecto, no es por sí sola la prueba de ese estado sino que debe ser la deducción, en virtud de los hechos positivos, sostenimiento, educación y establecimiento, presenciados por esos mismos testigos.

D)—Refiriéndose a la prueba de la posesión notoria del estado civil, el rigor interpretativo se explica por tratarse de cuestión tan delicada y atañadera al orden público interno, como lo es el estado civil de las personas. Y debe ser aún más estricto cuando se trata de la filiación natural: porque entonces no existe la presunción legal que ampara a los hijos de matrimonio legítimo (**Pater is est quem nuptiae demonstrant**) y porque cualquiera de los hechos a que se refiere el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, más sirve para investigar la paternidad natural, haciendo admisible la demanda, que para fundar forzosamente la declaración judicial. (Casación: octubre 16 de 1943, LVI, 206, abril 21 de 1954, LXXVII, 402; septiembre 14 de 1954, LXXVIII, 500).

En cuanto a los errores de hecho, éstos estribarían en que el sentenciador no encontró probados los elementos constitutivos de la posesión notoria del estado de hija natural, cuando las declaraciones de los testigos aducidas al juicio acreditan evidentemente que durante un tiempo

mayor de diez (10) años Peñuela la trató a María Tilcia como su hija, proveyó a su subsistencia, educación y establecimiento, y por virtud de tal tratamiento así fue reputada en la aldea de Gámbita por todo el vecindario.

A este respecto se observa que si el Tribunal no encontró en las declaraciones allegadas a los autos y analizadas en el fallo recurrido, el conjunto de testimonios fidedignos que establezcan de manera irrefragable los hechos estrictos y precisos que la ley señala como constitutivos de la posesión notoria del estado civil de hija natural reclamado por la demandante, tal juicio del sentenciador de instancia sobre las condiciones personales de los testigos, sobre el fundamento de sus deposiciones y la fuerza de convicción, es intocable en casación, no apareciendo demostrado como no aparece un flagrante y ostensible error de hecho en la apreciación de esos testimonios.

3.—No apareciendo, en concepto del Tribunal, acreditada en la forma legal al paternidad natural de Otoniel Peñuela respecto de la demandante María Tilcia Buitrago, podía ésta ejercitar la acción de nulidad absoluta del reconocimiento otorgado por Peñuela en favor de la demandada Adelaida Fandiño de Díaz? Y en caso de que no estuviera acreditado el interés actual de la demandante, podía y debía declararse oficiosamente por el juez la nulidad absoluta del reconocimiento?

El recurrente, al sustentar el último cargo, propone en su demanda estas cuestiones y las resuelve afirmativamente. Dice al respecto:

"En la descabellada hipótesis de que la legitimación activa en la causa hiciera falta en este proceso, no es menos cierto que el Tribunal violó los artículos 1741, 1740 del C. C. y 2º de la Ley 50 de 1936, 2º de la Ley 45 de 1936 y 55 de la Ley 153 de 1887 y 58 ibidem.

"El efecto del acto jurídico del reconocimiento de un hijo natural, el cual no es un negocio, se produce **ex lege** y no **ex voluntate**. Ese efecto consiste en convertir en filiación jurídica la filiación biológica, o lo que es lo mismo, constituir el estado. El único poder de la voluntad en el reconocimiento es el de dar vida a la declaración de paternidad, a la cual el ordenamiento jurídico positivo asigna determinados efectos jurídicos. El reconocimiento de un hijo es el homenaje que la voluntad rinde a la verdad, sin que por ello se suponga que acto voluntario sea equivalente a acto de voluntad. En el negocio jurídico hay una declaración voluntaria de una voluntad negocial. Por el contrario, en el reconocimiento lo que existe es la declaración voluntaria de un hecho: la paternidad y esa declaración no contiene ninguna voluntad negocial. Lo que exterioriza el reconocimiento es el contenido histórico, extraño al contenido volitivo.

"Un loco, o sea una persona absolutamente incapaz, realiza un acto inexistente al reconocer un hijo natural y como el Derecho de Familia es de orden público, el Estado de oficio tiene la obligación de declarar la nulidad. De ahí que el artículo 2º de la Ley 50 citada, diga que la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez. En este caso no hay opción ni consideraciones ningunas para el arbitrio: el juez debe declarar la nulidad."

Por último manifiesta el recurrente que "si la Corte en vez de la teoría de la declaración que es la predominante entre los doctrinantes italianos, actualmente los mejores del mundo capitalista, acoge la del reconocimiento-confesión, el Tribunal violó los artículos 604, 608, 605 del C. J. y las normas ya citadas del derecho material".

Y en el resumen de sus alegaciones ante la Corte, el recurrente insiste en sus puntos de vista así:

"Lo que se debate en este proceso ha sido enfocado como si el Derecho de Familia estuviera al mismo nivel del Derecho de Obligaciones, en el cual la voluntad del negocio jurídico es una voluntad negocial. Se olvida que en el Derecho de Familia "el hecho natural de la procreación tiene siempre efectos jurídicos. Mas para que haya relación jurídica de filiación (estado) es necesario que existan aquellos particulares derechos y deberes que son propios de tal relación.. ..Presupuesto, pues, del reconocimiento (voluntario o judicial) es la filiación biológica. Reconocer es el acto de fijar o declarar solemnemente ..... dicha filiación ..... Efecto del reconocimento es el convertir en filiación jurídica la filación biológica, es decir, constituir el estado" **(Albaladejo García).**

"Para que sea válido, el reconocimiento requiere tres presupuestos: "1º Que el reconocido sea hijo natural del reconocedor. 2º Que el reconocedor quiera recta y libremente declarar que es su hijo natural (voluntad de declarar y no declaración de voluntad). 3º Que los declare debidamente".

"El reconocimiento hecho por Peñuela es absolutamente nulo, por haberlo realizado en su condición de persona absolutamente incapaz. Ahora bien: como dice Cosattini, el título de es-

tado tiene la función de atribuir certeza al estado, mientras no se dicte sentencia que destruya la eficacia de la investidura en el sujeto que con su título atestigua la existencia de tal estado Esta sentencia de nulidad tiene que ser, por su naturalezaa, civil y no penal. De tal manera que la rama penal no puede entrar en la investigación y sanción del delito mientras la jurisdicción civil no haya anulado el título de estado.

"El interés que exige el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 fue suficientemente acreditado por María Tilcia Buitrago de Noriega, porque lo mismo puede ser patrimonial que no patrimonial, o sea moral. Si en el concepto, por lo demás erróneo del Tribunal, como oportunamente lo acusé, la prueba presentada por María Tilcia no fue suficiente para acreditar la posesión notoria del estado civil de hija natural de Peñuela, sí ha debido serlo para probar el suficiente interés moral para hacer declarar la nulidad del estado civil de la demandada".

4.—Después de la Ley 45 de 1936, en Colombia se adquiere el estado civil de hijo natural con respecto al padre, bien por reconocimiento expreso de éste, o bien por sentencia judicial que así lo declare en los casos taxativamente señalados por la ley.

El reconocimiento de paternidad natural respecto de una persona es un "acto libre y voluntario del padre" (Ley 153 de 1887, artículo 55). Por medio de tal acto, una persona hace constar el vínculo de paternidad preexistente biológicamente.

La doctrina ha discutido largamente sobre el carácter jurídico del reconocimiento del hijo natural.

Para el tratadista francés Ambroise Colin si el reconocimiento es ante todo un modo de prueba, parecido a la confesión judicial **(reconocimiento-confesión)**, también es un acto de voluntad unilateral destinado a crear el lazo de filiación **(reconocimiento-admisión)**.

Planiol, Ripert y Rouast, después de citar la anterior opinión de Colin, expresan lo siguiente:

"El reconocimiento, en primer lugar, es un modo de prueba y produce el efecto de hacer reconocer retroactivamente el lazo de filiación, produciéndose sus efectos **erga omnes**. Pero dicha función no basta para darse cuenta del papel preponderante que el Código concede al reconocimiento: la confesión no tiene valor más que cuando perjudica a quien la produce, y el reconocimiento en cambio puede tener por objeto en ciertos casos el asegurar a su autor un derecho de sucesión sobre los bienes del hijo. Además, el reconocimiento del padre es la confesión de un hecho del que no tiene seguridad alguna y lógicamente no debiera tener fuerza sino confirmado por la madre. Por lo tanto, es necesario aceptar la idea del reconocimiento-admisión: el reconocimiento es un acto de voluntad por el cual una persona hace ingresar a un hijo en la familia. El Código se inspira en esta idea, al restringir en el artículo 337 los efectos del reconocimiento durante el matrimonio; no admite que por un acto de voluntad, uno de los esposos pueda perjudicar a su cónyuge o a los hijos, introduciendo en la familia un hijo ilegítimo. La misma idea es la que hace que la jurisprudencia aplique la teoría de los vicios del consentimiento, al reconocimiento. Irrevocable, como confesión, puede sin embargo ser anulado como acto de voluntad si ha sido hecho por error, dolo o por violencia" ("Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", T. 2º, Nº 824, páginas 646 y 647).

A. Colin y N. Capitant dicen:

"Conviene añadir que el reconocimiento de un hijo natural se puede concebir de dos maneras: o bien, como la demostración del hecho de la generación, como **reconocimiento confesorio**, o bien como un **acto de voluntad**, generador de obligaciones y que consiste en admitir al hijo en la familia. Nuestro derecho ve, en principio, en el reconocimento un modo de prueba. Sin embargo, ya observaremos que consagra una porción de soluciones las cuales se concilian muy mal con la idea del **reconocimiento-confesión** y se refieren más lógicamente a la del **reconocimiento-admisión**" ("Curso Elemental de Derecho Civil Francés", T. 1º, pág. 596).

El tratadista italiano Antonio Cicu expone:

"Corrientemente se ve en él una confesión de paternidad o de maternidad; pero se añade también que ofrece particularidades que le distinguen de la confesión extrajudicial o judicial. Además, la inseguridad acerca de la naturaleza jurídica de la confesión se dá también en la apreciación del reconocimiento.

"Se discute, en efecto, en la doctrina, si la confesión es medio de prueba o negocio jurídico, y, dentro de esta última hipótesis, si la confesión judicial es un negocio jurídico civil o procesal. Admitido que la confesión sea simple medio de prueba, fácil es comprender que el reconocimiento es algo más que un medio de prueba, ya que produce sus efectos independientemente del juicio; el reconocimiento es un título de estado. Además, ha de hacerse en determinada forma, lo cual

impide considerarlo como medio de prueba. Si se admite que la confesión es un negocio jurídico, se tropieza con la grave dificultad que implica el hecho de que el estado de las personas no es susceptible de disposición privada; objeción posible, tanto si la confesión se considera negocio jurídico civil, como si se considera negocio jurídico procesal.

"La razón por la que se cree que es una confesión es esta: que el reconocimiento funciona como comprobación de la verdad de un hecho (la procreación) por quien fue autor y por quien puede sufrir perjuicio por esta declaración. Pero, dejando a un lado la objeción de que aquí no puede hablarse de efectos perjudiciales, porque puede derivar también ventajas, y porque de todos modos los intereses individuales no se toman en consideración aquí, está el hecho de que la función del acta de reconocimiento, aún suponiendo una comprobación de la verdad, es la de investir al hijo de un estado, la de crear un título de estado; y este efecto se consigue lo mismo aun cuando el reconocimento sea c o n t r a r i o a la verdad.

"Sentado esto, y teniendo en cuenta que del estado de la persona no se puede disponer, creemos que hay que deducir que el reconocimiento es un acto de poder familiar. La ley otorga al padre el poder de investir al hijo del estado de tal. Este poder se concede a los fines de la comprobación, fines rigurosamente limitados que no implican un juicio acerca de la conveniencia; la garantía en orden al uso de tal poder la constituye la acción de impugnación del reconocimiento concedida a todo interesado". (A. Cicu, "La Filiación", pág. 213).

En concepto de los tratadistas españoles Blas Pérez González y José Castán Tobeñas, el reconocimiento de un hijo natural en la legislación peninsular "constituye, más bien que un medio de prueba, un acto de voluntad o negocio jurídico dirigido a establecer un vínculo de familia. Aunque su carácter sea un tanto complejo, participa más dentro de la concepción de nuestro código y la jurisprudencia, de la naturaleza de reconocimiento-admisión que de reconocimiento confesión" (Ennecerus, Ripp y Wolff. "Tratado de Derecho Civil", Traducción española y comentarios de Pérez González y Castán Tobeñas, Tomo IV, Vol. 2º, pág. 212).

Francesco Messineo, comentador del Código Civil italiano de 1942, afirma:

"La doctrina dominante (de la cual parece haber partido el nuevo legislador) considera el reconocimiento como un negocio jurídico (de derecho familiar). Es un negocio unilateral irrevocable (y no sujeto a cláusulas limitadoras de su efectos: artículos 256-257), de declaración de certeza de la relación de paternidad (o maternidad) natural, o sea una declaración certificativa (de derecho sustancial, no meramente probatorio), por efecto de la cual una relación de hecho, y como tal ignorada por la ley, queda convertida aún sin cambiar en esencia, en una relación de derecho (filiación reconocida) y, como tal, productora de efectos jurídicos de derecho familiar" (Francesco Messineo, "Manual de Derecho Civil y Comercial", Traducción de Santiago Sentis Melendo, T. III, 66, Nº 2º, pág. 149).

En Colombia la doctrina y la jurisprudencia han considerado el reconocimiento de hijo natural bien como un simple medio de prueba de la filiación (reconocimiento-confesión), o bien como un negocio jurídico de derecho familiar (reconocimiento-admisión).

Champeau y Uribe consideran que tienen el carácter "de prueba y nada más. La filiación es un hecho natural preexistente; el reconocimiento no hace más que establecer legalmente el hecho. La ley considera que la declaración del padre o de la madre es la mejor prueba de la filiación. La maternidad puede probarse directamente, como habremos de verlo después. En cuanto a la paternidad la prueba directa no es posible; pero cuando un hombre tiene la convicción de que él es padre de un hijo ilegítimo, natural es que su testimonio tenga un valor casi absoluto. Pero siempre hay en esto una cuestión de prueba; la declaración no es crear la filiación; es un modo de hacerla constar.

"Decir como un comentador chileno (Chacón) que "el reconocimiento es un verdadero contrato consensual que crea las relaciones de paternidad y de filiación natural" es ponerse en contradicción con la realidad de las cosas. La filiación existe con anterioridad a todo reconocimiento que el padre y el hijo quieran efectuar o nó; pero no consta legalmente. Para hacerla constar se pueden idear varios modos, y entre ellos el reconocimiento; éste no es otra cosa que la confesión de un hecho". (Edmond Champeau y Antonio José Uribe, "Tratado de Derecho Civil Colombiano", T. I, Nº 576, pág. 378).

El doctor Antonio Rocha en un interesante estudio sobre "El reconocimiento de hijos naturales por manifestación ante un juez", expone lo siguiente:

"Si se analizan las cuatro maneras como ha de

hacerse el reconocimiento de la paternidad natural según el artículo 2º de la Ley 45, se observa un elemento común a todas ellas, y el gran cuidado que puso el legislador para poner de manifiesto ese elemento común: que la manifestación del padre que reconoce al hijo sea inequívoca, rodeada de un conjunto de requisitos precautelativos que no admitan posterior discusión ni den lugar a vaciliaciones. Tan delicada es esa manifestación de voluntad, tan generadora de derechos y también de obligaciones y ha de producir tales efectos sociales y patrimoniales, que la forma, lugar y modo como se produce son tan solemnes como los más solemnes de los actos jurídicos de que se ocupa el derecho civil. El reconocimiento envuelve además una confesión y con todo y la fuerza de convicción propia de la más excelente de las pruebas, ha de rodearse según ese precepto legal de un conjunto de requisitos que la eleven a la categoría de **acta auténtica** con sus inapreciables ventajas de prueba preconstituída solemnemente. Si es por escritura pública necesariamente interviene un funcionario público también y además, testigos; si es por testamento, igual cosa sucede; y si no se hiciere ante el párroco o ante el notario, la manifestación expresa y directa de paternidad ha de hacerse ante un Juez.

"Existe una regla general de derecho muy consentida y acatada por las legislaciones modernas y por tanto antiformalistas: la de que sólo el consentimiento obliga, que en el axioma latino se formulaba **solus consensus obligat.** Sea que la voluntad o consentimiento se produzca unilateralmente (fuente de obligaciones que autoriza el artículo 1494 del C. C.), sea que se cruce con la voluntad de otra u otras personas (y entonces existe otra fuente de obligaciones, que es el contrato, también autorizado por dicho artículo), lo importante es que los actos jurídicos unilaterales o plurilaterales, de cierta trascendencia en la vida social o económica, se rodeen de formalidades que los hagan inequívocos y seguros a lo largo del tiempo o a través del espacio. Los formalismos del derecho moderno no tienden, ni se explican de otra manera, que a proteger el consentimiento. La ley se complace a veces en acumular formalismos según la trascendencia del acto. Para la constitución, transmisión o gravámenes de bienes raíces, se contenta con que el consentimiento se manifieste ante un notario y dos testigos; para una promesa de contrato, se contenta, con que la voluntad se expresa en un simple documento privado; para un testamento, es mucho más exigente; y para actos tan consensuales como el matrimonio, acumula los formalismos, haciendo que el consentimiento se manifieste ante un funcionario público, ante testigos, en acta privada, y además dentro de ciertas ceremonias sociales.

"Con ese criterio para buscar la certeza y asegurar la estabilidad, el legislador procedió a expedir el artículo segundo de la ley 45 de 1936: exigiendo un consentimiento inequívoco y seguro, expreso y directo, rodeándolo de ciertas formalidades reveladoras de ese propósito, con todo y que ese reconocimiento envuelve además una confesión, por ser una manifestación emanada de la parte que se obliga y que por lo mismo puede perjudicarla. Pues ya se haga el reconocimiento en el acta de nacimiento, ya en el testamento, ya en la escritura pública o ya por manifestación expresa y directa, interviene un juez o un notario y además testigos, todo por escrito y siempre con la firma del que hace la manifestación. Se podría, pues, definir la prueba exigida en el artículo segundo como **una confesión solemne y como tal irrevocable, segura y eficaz, contenida en acta auténtica,** con la fuerza probatoria y obligatoria que a esa clase de manifestaciones de voluntad les dá el artículo 1759 del C. C.

"Como la ley 45 de 1936, sobre filiación natural no dice qué mérito probatorio debe atribuírsele a las cuatro formas de reconocimiento de paternidad, previstas en el artículo segundo, le corresponde al juzgador asignarles su valor probatorio o de convencimiento aplicando las reglas generales que la doctrina y la jurisprudencia, en vista de nuestra tarifa legal, le dá a esas pruebas. Creo que implicando el reconocimiento de paternidad una confesión, considerada en sí misma la naturaleza de la manifestación que hace el padre y teniendo en cuenta, de otro lado que la confesión se recoge ante un oficial (el del estado civil) o un funcionario público (el notario o el juez), es decir, en acta auténtica, el valor probatorio del reconocimiento es el de una confesión, judicial o extrajudicial, según el caso, y el de las declaraciones consignadas en actas auténticas". (Cultura Jurídica, Económica y Social", revista publicada en Bucaramanga, Nº 3, junio de 1939, páginas 256-258).

Dentro de la doctrina del reconocimiento-confesión la Corte había dicho lo siguiente:

"El reconocimiento, como el mismo vocablo lo indica, no es un acto constitutivo sino declarativo de la filiación del hijo al cual se aplica. Sirve

para revelar, mediante la confesión del padre, los lazos de la sangre que constituyen la filiación natural; es el modo de prueba de esta filiación con respecto al padre. Tal filiación existía desde antes del reconocimiento, pero no era conocida legalmente, y el reconocimiento viene a comprobarla" (Casación, mayo 31 de 1913, XXII, 55).

Pero en fallo de reciente data y después de promulgado el nuevo estatuto de filiación natural, la Corte se ha inclinado hacia la doctrina del reconocimiento-admisión. Dijo esta corporación en fallo de casación del 17 de febrero de 1948:

"La adquisición del estado civil de hijo natural respecto del padre no halla en nuestro derecho sino dos orígenes: el reconocimiento y la declaración judicial. El primero que es la génesis primaria de dicho estado, por cuanto emana de la voluntad libremente expresada, se configura por ciertas características esenciales, a saber:

"a)—Es declarativo, en tanto no constituye un medio de prueba sino un negocio jurídico en cuya virtud se establece el vínculo familiar sobre bases preexistentes, puestas en evidencia jurídica por medio del reconocimiento; por eso algunos autores lo señalan como un acto-admisión, no como un acto-confesión, circunstancia que en nuestro derecho se destaca en el texto del artículo 1º de la Ley 45 de 1936, armonizado especialmente con el 4º ibidem;

"b)—Es facultativo, es decir, constituye un acto libre del padre que reconoce (art. 55 de la Ley 153 de 1887);

"c)—Es bilateral porque, a pesar de ser facultativo, debe ser notificado al hijo y aceptado por éste en los términos del artículo 57 de la misma Ley 153 de 1887;

"d)—Es personal ya que, conforme al artículo 55 de la Ley 153, ya citada, sólo el padre que reconoce puede realizarlo, característica ésta que excluye toda posibilidad de eficacia al reconocimiento que halle origen en los herederos del presunto padre, por ejemplo;

"e)—Es individual por cuanto quien lo ejecuta no debe revelar el nombre de la persona con quien tuvo el hijo, rasgo que se pone de relieve en la norma contenida en el último inciso del artículo 2º de la Ley 45 de 1936;

"f)—Es solemne porque precisamente ha de constar en alguno de los instrumentos que detalla el inciso primero del artículo 2º de la misma Ley de 1936;

"g)—Es irrevocable según el mandamiento contenido en la disposición legal últimamente mencionada.

"Estas características comunes algunas al derecho francés, y todas al español, imprimen al acto de reconocimiento una importancia mayor, y efectos jurídicos superiores, a las que presenta el mismo acto en otros ambientes legales, el alemán por ejemplo, ya que en ellos apenas implica una renuncia a la posibilidad de oponer la excepción "plurium constupratorum" ante una posible investigación judicial de la paternidad, al paso que en nuestra ley representa el modo fundamental o primario, como ya se dijo, de establecer las relaciones jurídicas aparejadas por el vínculo de la filiación natural". (LXIII, 685).

Dentro del estado actual de nuestra legislación y en el concepto moderno de la doctrina, la Sala reitera la anterior jurisprudencia de la Corte y afirma que el reconocimiento es un acto jurídico de derecho familiar, por medio del cual una persona declara cierta la relación paterno-filial respecto de otra, en cualquiera de las siguientes formas: a) en el acta de nacimiento del hijo reconocido, firmándola el padre; b) en escritura pública; c) en testamento; d) en manifestación expresa y directa hecha ante un juez, aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y primordial del acto que lo contiene (Ley 45 de 1936, artículos 1º y 2º). El reconocimiento, como dice Messineo, es una constancia o declaración certificativa, de derecho sustancial no meramente probatorio. Por medio de él, la relación de hecho (paternidad biológica) se transforma en relación de derecho (paternidad reconocida), fijándose el estado civil correspondiente con los derechos y obligaciones anexos de orden patrimonial y extrapatrimonial. Como acto jurídico de derecho familiar, no contractual, trasciende al reconocimiento el concepto de orden público que allí predomina.

Aplicando las normas del Título 20 del Libro IV del C. C., el reconocimiento de un hijo natural, como acto jurídico, puede ser invalidado por las mismas causas que anulan todos los actos jurídicos, bien por falta de los requisitos de fondo, bien por omisión de las formalidades necesarias para su validez: los primeros se refieren a la capacidad legal y al consentimiento del padre que reconoce, y las últimas a las solemnidades del acto (partida de nacimiento, escritura pública, testamento, declaración ante juez). El reconocimiento puede ser absoluto o relativamente nulo. Así, el reconocimiento hecho por un demente es absolutamente nulo; el reconocimiento cum-

plido por fuerza o dolo, es relativamente nulo. Así mismo, la nulidad absoluta de un reconocimiento "puede y debe ser declarada por el juez aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral y de la ley" (Ley 50 de 1936, artículo 2º).

La doctrina de la Corte de manera reiterada ha fijado el alcance del artículo 2º de la Ley 50 de 1936 en cuanto a la declaración oficiosa de las nulidades absolutas.

Ha dicho esta corporación:

"El poder excepcional que al Juez le otorga el art. 2º de la Ley 50 de 1936 para declarar de oficio la nulidad absoluta no es irrestricto o ilimitado, sino que, por el contrario, está condicionado por la concurrencia de tres circunstancias: 1ª Que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que a la vez que el instrumento prueba la celebración del acto o contrato, muestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta; 2ª Que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones para las partes; y 3ª Que al pleito concurran en calidad de partes las personas que intervinieron en la celebración de aquél o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que la celebraron" (Junio 9 de 1892, T. VII, Nº 344, página 261; junio 30 de 1893, T. VIII, Nº 406, páginas 340 y 341; junio 12 de 1923, T. XXX, Nº 1548, páginas 59 y 60; agosto 19 de 1935, T. XLII, Nº 1900, página 372 y 373; agosto 26 de 1938, T. XLVII, Nº 1940, página 66; abril 5 de 1946, T. LX, números 2032 2033, página 363; diciembre 13 de 1954, Tomo LXXIX, Nº 2149, página 246).

Siendo el reconocimiento un negocio jurídico de derecho familiar, la nulidad absoluta puede atacarse por una persona distinta de su autor y sus herederos, aún con un simple interés moral procedente de su vinculación próxima a la familia del supuesto autor del reconocimiento: padres e hijos del reconocedor.

Por otra parte, siendo el reconocimiento una declaración certificativa por medio de la cual se fija un estado civil con fundamento en el hecho de la procreación, el acto puede repudiarse por el hijo, conforme al artículo 57 de la Ley 153 de 1887, o bien impugnarse por quien quiera que tenga interés actual en ello, interés económico o moral demostrando que el reconocido no ha podido tener por padre al reconocedor, según el artículo 58 de la Ley 153 de 1887. Son interesados para impugnar el reconocimiento, además del propio hijo, sus verdaderos padres, los parientes próximo del autor del reconocimiento (padres e hijos) y los terceros a quienes este acto perjudique, como, por ejemplo, los donatarios y legatarios expuestos a una demanda de reducción. Es indudable que basta un simple interés moral. Así lo ha aceptado la doctrina y jurisprudencia francesa. (Luis Josserand, "Cours de Droit Civil Francais", 3ª ed. T. I, Nº 1199, pág. 671; Planiol, Ripert y Rouast, o. c., T. II, Nº 845, página 662).

5. — Aplicando la doctrina expuesta al caso sub judice, la Sala rechaza el cargo examinado por las siguientes razones:

A)—No habiéndose declarado por el sentenciador la filiación natural de María Tilcia Buitrago de Noriega respecto de Otoniel Peñuela, no aparece demostrado interés actual, económico o moral, para alegar la nulidad absoluta del reconocimiento de hija natural de Adelaida Fandiño de Díaz. La demandante no pertenece a la familia del padre reconocedor;

B)—No apareciendo de manifiesto en la propia escritura de reconocimiento, la nulidad alegada que se hace consistir en la demencia del reconocedor, para la demostración de la cual tiene que acudirse a otras pruebas distintas del propio acto notarial, no podía declararse oficiosamente la nulidad absoluta;

C)—El Ministerio Público sí puede demandar la nulidad absoluta del reconocimiento "en el interés de la moral y de la ley", por lo cual la Corte ordena que por la Secretaría de esta corporación se compulse copia de lo conducente para enviarla a los Personeros Municipales de Bogotá y Gámbita, para que si lo estiman conveniente promuevan las acciones respectivas.

En el dictamen psiquiátrico rendido en primera instancia por los médicos doctores Benjamín Otálora R. y José Francisco Socarrás sobre la salud mental de Otoniel Peñuela, se lee lo siguiente:

"Todos los médicos tratantes están conformes en aceptar que Otoniel Peñuela sufrió un proceso demencial incurable, de origen senil, para el doctor Mario Camacho Pinto, y específico para el doctor Martín Rodríguez, sin encontrar incompatibilidad entre la existencia de una Demencia Senil, propiamente dicha, y de una Sífi-

lis Nerviosa, sino más bien acción concurrente de las dos entidades para producir los efectos demenciales. Los doctores Camacho y Rodríguez conceptúan así mismo, que no es posible aceptar que Otoniel Peñuela pudiera disfrutar de un período de lucidez, en el curso de la enfermedad historiada, como para otorgar a plena conciencia una escritura pública.

"No cabe duda de que Otoniel Peñuela sufrió, entre el 15 de junio de 1949, fecha de su ingreso a la Clínica de Nuestra Señora, y el 27 de enero de 1950, fecha de la defunción, un proceso demencial, crónico, irreversible, sin remisiones, en plena fase terminal, según las palabras del Dr. Mario Camacho Pinto. En efecto, durante ese lapso Otoniel Peñuela estuvo sometido a vigilancia médica, salvo los deiz días comprendidos entre el 10 y el 21 de octubre, y su estado mental no cambió hasta la muerte. Del 15 de junio de 1949 al 10 de octubre del mismo año, permaneció en la Clínica de Nuestra Señora y el Dr. Camacho Pinto certifica su estado demencial; del 21 de octubre al 29 de noviembre, se encuentra en el Hospital de La Samaritana, y el profesor Cavalier hace constar idéntica situación. Finalmente, entre el 29 de noviembre del dicho año de 1949 y el 27 de enero de 1950, fecha de la defunción, se encuentra recluído en la Colonia de Mendigos de Sibaté, y el doctor Martín Rodríguez atestigua el mismo proceso demencial. La muerte como consecuencia de dicho proceso y no por enfermedad intercurrente, viene en apoyo del concepto sobre el carácter progresivo e irreversible del mismo.

"No es el caso de pensar en una posible remisión de la enfermedad entre el 10 y el 21 de octubre, lapso durante el cual no estuvo sometido a vigilancia médica, dado que tales remisiones se presentan en los comienzos de la enfermedad y tratándose de episodios agudos, que no es el caso de Otoniel Peñuela. Y aún aceptando tal posibilidad a título de hipótesis, no cabe siquiera pensar que Peñuela pudiera recobrar las facultades mentales superiores, tales como el sentido de la autocrítica, en razón de la profundidad de la desintegración demencial señalada por todos los médicos que lo observaron. Por otra parte, es de destacar que tres días después de la firma de la escritura del 19 de octubre, Otoniel Peñuela ingresa al Hospital de La Samaritana y allí se confirma su estado demencial. Cualquier hipotética remisión del proceso demencial, para ser tomada como válida, habría debido prolongarse por más tiempo, según es de regla en todos los Institutos Psiquiátricos del mundo, para toda suerte de trastornos mentales.

"En consecuencia, dictaminamos que es imposible que Otoniel Peñuela pudiera haber disfrutado de un intervalo completamente lúcido suficiente para otorgar, el 19 de octubre de 1949, una escritura pública de reconocimiento de una hija natural".

V—Resolución:

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

NO SE CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de fecha 29 de septiembre de 1954, dictada en el presente juicio.

Sin costas por no haberse causado.

Expídase por la Secretaría las copias ordenadas con destino a los Personeros Municipales de Bogotá y Gámbita.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

José Hernández Arbeláez. — Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez R.—Alvaro Leal Morales, Conjuez.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

PRESCRIPCION DE LA ACCION DE RESCISION POR LESION ENORME. — INTERRUPCION. — TECNICA DE CASACION

1.—La jurisprudencia de la Corte ha sido constante al sostener que el cuatrenio establecido por el artículo 1954 contiene una prescripción extintiva a favor de la parte contra quien se instaure la acción; por consiguiente, ese término se interrumpe por la notificación de la demanda, no por la simple presentación de ella, ni puede declararse oficiosamente su vencimiento sino que es preciso la petición de la parte favorecida con la prescripción; no se trata, pues, de un simple término prefijado sino de un fenómeno regulado por las disposiciones sustantivas citadas en el fallo de instancia.

2.—La ley 63 de 1936 "por la cual se organizan los impuestos sobre masa global hereditaria, asignaciones y donaciones", como su título indica, tiene una finalidad netamente fiscal en orden a la eficiente recaudación del impuesto de herencias.

3.—Es sabido que en casación la violacion de normas sobre pruebas tiene que referirse o incidir sobre la violación de un precepto sustantivo para que el cargo sea pertinente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil—Bogotá, septiembre veintidós de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse)

Antecedentes

Por escritura pública número mil quinientos once (1511) de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis (1946), otorgada ante la Notaría 2ª del Circuito de Sogamoso, Anunciación Avella v. de Fonseca le vendió a Sagrario Fonseca A., los varios inmuebles que se individualizan en el título, por la suma de **cinco mil pesos** ($ 5.000.00) que la vendedora declaró recibida a su satisfacción. La escritura aparece debidamente registrada el diez y ocho (18) de diciembre de ese mismo año. El catorce (14) de enero de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), la vendedora falleció, y su hija Carmen Fonseca de Fernández, obrando por conducto de apoderado, "en representación de su madre legítima y en favor de los derechos herenciales" demandó en juicio ordinario al señor Sagrario Fonseca Avella para que se hicieran las siguientes declaraciones principales:

a) Que se declare la rescisión del contrato de aparente venta celebrado entre la señora Anunciación Avella v. de Fonseca y su hijo Sagrario Fonseca, que consta en la escritura número mil quinientos once (1511) de veinticinco (25) de noviembre de la Notaría 2ª de este Circuito, de los inmuebles descritos, especificados y alinderados en esta escritura, por lesión enorme;

b) Que se decrete la cancelación del registro de la citada escritura;

c) Que los bienes a que hace referencia ese instrumento pasan a formar parte del acervo sucesoral de la señora Anunciación Avella v. de Fonseca"

Hechos básicos de la acción

a) El precio de la venta, CINCO MIL PESOS ($ 5.000.00) es inferior en más de la mitad, del precio real de los bienes que aparece vendiendo la señora de Fonseca, en el momento de la venta;

b) El precio real de esos bienes era de más de TREINTA MIL PESOS ($ 30.000.00) a la fecha del contrato.

Se fundó la acción en lo dispuesto por los artículos 1288, 1946 y 1948 y ss. del C. C.

La demanda fue presentada ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Sogamoso el diez y ocho (18) de noviembre de mil novecientos cincuenta (1950), y notificada al apoderado del demandado el diez y siete (17) de marzo de mil novecientos cincuenta y uno (1951). Entre las varias excepciones formuladas al contestar el traslado se alegó la prescripción de la acción, que fue reconocida en el fallo de primer grado. El Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo al desatar la apelación interpuesta contra esa sen-

tencia, la confirmó. Hoy la Corte decide el recurso de casación que se ha agitado.

Demanda de casación

Dos ataques se formulan contra el fallo, ambos por la causal primera.

"Primer motivo.—Acuso la mencionada sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, dice el recurrente, por violación de los artículos 1954, 2524, y 2539 del C. C. así: El primero **por haber dejado de aplicarlo al caso del pleito siendo aplicable** (subraya la Corte), y los dos últimos por indebida aplicación al caso del pleito no siendo aplicables a él".

La sentencia recurrida para motivar el fallo hace el siguiente estudio: "Prescripción de la acción. Si la prescripción "es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por no haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones o derechos durante cierto lapso de tiempo (sic) artículo 2512 del C. C. se deduce que la prescripción es de dos clases: adquisitiva o usucapión y extintiva o liberatoria. El artículo 2535 establece que la prescripción que extingue las acciones o derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercitado dichas acciones, tiempo que se cuenta desde que las obligaciones se hayan hecho exigibles. De aquí resulta que son dos los elementos de la prescripción extintiva o liberatoria: la inacción del acreedor o demandante y el transcurso del tiempo señalado por la Ley. De donde surge la necesidad de señalar ese plazo, y determinar cuándo principia y cuándo termina".

"En cuanto al plazo de prescripción, debe distinguirse entre la prescripción de largo tiempo y la prescripción de corto tiempo. De la de esta última especie la señala el Cap. 4º del Tit. 41, Libro IV del C. C. y dentro de éste figuran aquellas prescripciones a que están sujetas las acciones especiales que nacen de ciertos actos o contratos de que tratan los títulos respectivos, como lo dispone el artículo 2545 del C. C. Ahora dentro de la acción singular de rescisión por lesión enorme el contrato de compraventa de que se trata en este pleito, el tiempo en que prescribe o se extingue el ejercicio legal de esa acción es el de cuatro años contados desde la fecha del contrato, con arreglo al artículo 1954 del C. C. De manera que no existe ninguna duda respecto del momento o acto desde el cual principia o nace el derecho para ejercer la acción rescisoria de que se trata, no existiendo esta acción sino para los contratos de compraventa de los bienes raíces, la fecha del contrato es la misma del otorgamiento de la respectiva escritura pública. Es cierto que se ha discutido que como el registro de este instrumento es esencial para su validez cuando recoge contratos de la naturaleza expresada, y como esto se verifica, el registro, con posterioridad al otorgamiento de la escritura, existe duda acerca de cuál de las dos fechas es aquella que debe contarse como inicial en el ejercicio de la acción. Indudablemente el punto de partida lo determina la fecha del otorgamiento de la escritura porque el registro se retrotrae a la fecha de aquélla, con la sola excepción de que entre aquellas dos fechas haya habido mutación de la propiedad o de los derechos que se derivan respecto de terceros extraños al contrato pues en este caso el registro pierde su naturaleza retroactiva". (Para sostener esta tesis el Tribunal inserta una doctrina de la Corte).

Continúa el Tribunal: "Y con relación al otro extremo, es decir, cuándo termina el curso de los cuatro años, es muy fácil determinarlo pues en este caso, expiraría el 25 de noviembre de 1950, si ese curso o lapso de prescripción no ha sido interrumpido pues en este caso surge el problema consistente en determinar cuál es el acto o momento que produce el fenómeno de la interrupción. La prescripción que extingue las acciones ajenas puede interrumpirse, ya natural ya civilmente. Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya ya expresa, ya tácitamente. Se interrumpe civilmente por la demanda judicial; salvo los casos señalados por el artículo 2524, según lo prescribe el artículo 2539 del C. C. De manera que la interrupción civil se efectúa en tratándose de la prescripción liberatoria, **por la demanda judicial**; pero no puede entenderse en este caso que lo que interrumpe la prescripción es la simple presentación de la demanda precisamente por la salvedad **que hace** el último inciso de la disposición transcrita y que consiste en que la demanda judicial en los eventos enumerados en el artículo 2524 de allí no produce efecto de interrumpir la prescripción, el primero de los cuales es 'si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal', lo que está pregonando que no es la simple presentación de la demanda lo que genera o produce la interrupción civil, sino aquélla, la demanda, con su notificación verificada legalmente, pues si esa notificación ha sido he-

cha en forma legal, no tiene la virtud de interrumpir el curso de la prescripción. Y en el caso de autos, la fecha del contrato acusado que es el 25 de noviembre de 1946, determinó fatalmente la expiración del cuatrenio que tenía en este caso el demandante para ejercer la acción de rescisión por lesión enorme del contrato de compraventa en cuestión el 25 de noviembre de 1950 y como, aunque la demanda fue presentada el 18 de noviembre de 1950, siete días antes de vencerse el término del cuatrenio, pero la notificación de tal demanda solamente se verificó el 7 de marzo de mil novecientos cincuenta y uno (1951), después de más de tres meses de haberse consumado la prescripción liberatoria de la acción, este hecho extinguió por consiguiente el derecho de exigir judicialmente el reconocimiento de la rescisión por lesión enorme solicitada en el libelo de la demanda".

Se ha hecho la transcripción que antecede para demostrar cómo el recurrente planteó el cargo con evidente falta de técnica en el recurso, pues expresamente ha formulado el ataque haciéndolo consistir en que el Tribunal dejó de aplicar al caso del pleito 'siendo aplicable' el artículo 1954 del C. C., es decir, atacó la sentencia por infracción directa de la ley sustantiva cuando ello no tiene vigencia dentro de la realidad procesal porque el fallador no solamente tuvo en cuenta y aplicó al caso controvertido el artículo 1954, sino que este precepto fue el respaldo esencial del fallo como se ha dejado anotado; como se observará adelante el ataque hubiera sido correctamente formulado alegando "la interpretación errónea" del dicho precepto.

En efecto: el recurrente al fundamentar el cargo dice: "Repito, pues, que el artículo 1954 del C. C. no habla de prescripción ni la consagra. Simplemente señala allí un término perentorio para ejercitar la acción, esto es, para presentar la demanda. Téngase en cuenta que dicho artículo no se encuentra en el capítulo de la prescripción, ni en éste se menciona para nada la disposición que consagra la rescisión por lesión enorme. Luego aparece bien claro que no es el caso de buscarle complementos o adiciones en nuevos artículos del Código, sino de aplicarlo en su integridad de acuerdo con la norma que dá el artículo 27 del C. C. sin desvirtuarlo 'a pretexto de consultar su espíritu'..... Pero si el artículo que consagra la acción rescisoria (1954) se aplica en su tenor literal y en su integridad, no necesitándose la notificación al demandado puesto que no se trata de prescripción, basta la sola presentación de la demanda para que la acción quede oportuna y debidamente ejercitada. Tal es el caso de este pleito. El Tribunal a quo dejó de aplicar el artículo 1954, al caso debatido siendo aplicable, y exige el cumplimiento de condiciones señaladas en otros artículos del C. C. (artículos 2524 y 2539) que no son aplicables a dicho caso litigioso. El quebrantamiento de las disposiciones legales a que se refiere el cargo, es indudable, a mi parecer".

Hasta el cansancio ha consagrado la Corte en forma reiterada que para la viabilidad de los cargos formulados en casación es indispensable que éstos se sujeten a las normas trazadas por la jurisprudencia en desarrollo del mandato contenido en el artículo 531 del C. J.

"La técnica del recurso de casación exige la ordenación lógica, clara y breve de los razonamientos, la indicación independiente de las causales, el concepto en que estímase haber sido violada la ley (cuando se invoca el motivo 1º del artículo 520 del C. J.), si por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea, que son tres casos diferentes e inconfundibles; o la demostración de haberse incurrido en error de derecho o en manifiesto error de hecho, evidente al través de la equivocada apreciación de una prueba o de su falta de apreciación, error que ha conducido a la violación de la ley sustantiva, cuyos artículos deben citarse y determinarse con precisión". (Cas. noviembre 26 de 1937, XLV, 850, 2ª Cas. abril 24 de 1941, LI, 211, 1ª).

"Cada uno de estos tres casos (la infracción directa, la aplicación indebida y la interpretación errónea), deriva de fuentes distintas, comoquiera que el primero tiene lugar generalmente cuando se aplica la norma a un hecho inexistente; el segundo caso, que es otra de las formas de violación de la ley, ocurre cuando, aún entendida rectamente una disposición o un principio legal, se le aplica a un hecho o a una situación no regulada por tal disposición o principio, o se le hace producir efectos distintos de los contemplados en la norma; y el tercer caso, no menos complejo, lo produce la interpretación equivocada o errónea del contenido de un precepto legal, en sí mismo considerado, esto es, independientemente de la cuestión de hecho que se trata de regular. De aquí, pues, la importancia en orden al mejor éxito del recurso de casación, que el recurrente concretamente exprese por cuál de los tres casos de violación de la ley acusa a la sentencia". (G. J. 1924. T. XLV, 119, 2ª, 120, 1ª).

"La violación directa de la ley se cumple de manera recta, sin rodeos, contra determinado texto legal, y puede ser por infracción propiamente llamada directa, o sea cuando se deja de aplicar la disposición pertinente a punto controvertido; por aplicación indebida, o sea el caso contrario, cuando se aplica un precepto extraño a la materia del pleito; y por interpretación errónea, cuando yerra el Tribunal en orden jurídico, al determinar el sentido o alcance de un ordenamiento legal, pero es obvio que el quebranto de una disposición legal no puede asumir las tres formas a la vez". (Cas. 19 octubre 1954).

Razó ntiene, pues, el opositor a la demanda de casación cuando manifiesta: "Como la Honorable Corte de Casación no puede apartarse de los cargos formulados en la demanda, ni, aunque se hubiere violado la ley por un medio diverso del señalado por el recurrente podría acudir a la enmienda del error **in judicando**, es obvio que en este caso el cargo no puede prosperar, desde luego, como consecuencia de su equivocado planteamiento".

Por la razón expuesta se rechaza el cargo. Pero la Corte, no obstante, hace las siguientes acotaciones: El recurrente como sustentativo principal del cargo transcribe aparte de un fallo del Tribunal Superior de Bogotá, y de otro de la Sala de Negocios Generales de la Corte que lo confirmó (21 de septiembre de 1953). Allí se trata de que aquellas entidades consideraron que el artículo 7º de la Ley 160 de 1936 (sobre petróleos) en su inciso final, configura una caducidad y no una prescripción de la acción; que no había "propiamente una prescripción extintiva, sino una caducidad o término perentorio, respecto del cual no cabe la interrupción y basta que la acción se ejercite dentro del plazo. Siendo, pues, la presentación de la demanda ante el Juez de la causa el equivalente procesal de la iniciación de la acción". El dicho inciso señala el término de dos años para que el gobierno pueda revisar en juicio ordinario el fallo adverso que en controversia breve y sumaria se profiera sobre propiedad petrolífera que le disputen los particulares. Pero de la doctrina de estos fallos, que se refieren expresamente a la interpretación del artículo 7º de la ley 160 de 1936 como un término estrictamente procesal que precluye a su vencimiento, no puede deducirse que la norma establecida en el artículo 1954 del C. C., implique o señale un simple plazo dentro del cual deba ejercitarse el derecho consagrado en el artículo 1946.

La jurisprudencia de la Corte, por el contrario, ha sido constante al sostener que el cuatrenio establecido por el artículo 1954 contiene una prescripción extintiva a favor de la parte contra quien se instaure la acción; por consiguiente, ese término se interrumpe por la notificación de la demanda, no por la simple presentación de ella, ni puede declararse oficiosamente su vencimiento sino que es preciso la petición de la parte favorecida con la prescripción; no se trata, pues, de un simple término prefijado sino de un fenómeno regulado por las disposiciones sustantivas citadas en el fallo de instancia.

"La lesión contractual puede definirse como el perjuicio sufrido por uno de los contratantes en razón de las cláusulas mismas que figuran en el convenio; reside esencialmente en una desigualdad de trato entre las partes, en una falta de equilibrio de la operación, que se inclina claramente de un lado, con detrimento del otro, por ejemplo una venta consentida a vil precio, o a la inversa a un precio excesivo; en el primer caso, la lesión es sufrida por el vendedor, en el segundo por el comprador". (Josserand). En estos conceptos se comprende claramente la existencia de un derecho irrenunciable (artículo 1950 C. C.) que se le otorga a la parte perjudicada en el contrato para que sea reparado el perjuicio sufrido con mengua de la equidad. Este derecho sustantivo puede extinguirse por la prescripción de la acción o sea por la presunción de abandono del derecho mismo, pero el juzgador no podría declararla sino a virtud de solicitud de parte, lo que no sucedería si se tratara únicamente del no ejercicio de un término procesal.

El expositor chileno Alessandri (Curso de Derecho Civil, T. IV, 365) al tratar de esta acción rescisoria dice que ella se extingue en tres casos que enumera y hablando del último dice: "También se extingue por la prescripción de cuatro años, contados desde la celebración del contrato. Lo establece el artículo 1896. El Código procede de acuerdo con las reglas de la acción de nulidad o rescisión. Esta prescripción, por ser especial, no se suspende, corre contra toda persona de acuerdo con el artículo 2524".

Por último el artículo 2445 del C. C. expresa: "Las prescripciones de corto tiempo a que están sujetas las acciones especiales que nacen de ciertos actos o contratos, se mencionan en los títulos respectivos y corren contra toda persona, salvo que expresamente establezca otra cosa". En el Tít. XXIII, Cap. 13 se establece la prescripción que afecta la acción rescisoria por lesión enorme.

Segundo motivo.—Causal primera.

Acuso la sentencia, dice el recurrente, por violación del artículo 68 de la ley 63 de 1936.

El recurrente no explica en qué sentido ha sido violada la ley. Pero para sustentar el cargo se cita la parte final del primer inciso del artículo 68 de la referida ley 63. El artículo en su integridad dice: "Los registradores de Instrumentos Públicos y Privados no inscribirán en sus libros escrituras o documento alguno, sea otorgado en el país o en el exterior, que contenga acto, declaración o contrato de los enumerados en los artículos anteriores, sin que se les presente la prueba de que ha sido pagado el impuesto. Ni los Jueces autorizarán reconocimiento de contenido o firma ni admitirán como prueba tales documentos, sin el mismo requisito. Toda persona o funcionario a quien llegue el instrumento público o privado en que se haya omitido el pago, deberá avisarlo al Recaudador para que cobre el impuesto correspondiente revalidando así con efecto retroactivo el documento respectivo".

A este ataque se le hacen las siguientes glosas: La ley 63 de 1936 "por la cual se organizan los impuestos sobre masa global hereditaria, asignaciones y donaciones", como su título indica, tiene una finalidad netamente fiscal en orden a la eficiente recaudación del impuesto de herencias, como así lo consigna el artículo 93, cuando expresa: "Las disposiciones de esta ley no tienen vigor sino únicamente para los efectos del impuesto sobre la masa global hereditaria, asignaciones y donaciones, quedando por tanto a salvo los derechos conferidos por las demás leyes para otros efectos".

El cargo versa sobre la tacha a una prueba para que sea desestimada por la Corte: pero es sabido que en casación la violación de normas sobre pruebas tiene que referirse o incidir sobre la violación de un precepto sustantivo para que el cargo sea pertinente. Lo mismo sucedería si el ataque se refiriera a un error de derecho en la apreciación de las pruebas, que es lo que parece insinuarse en el cargo.

Pero no por el hecho de que los falladores de instancia le hubieran reconocido mérito probatorio a la escritura pública base de la acción y que sirvió al actor para incoar la querella, pueda inferirse que tal prueba carezca de valor; el hecho de haber sido aceptada apenas sí dá ocasión a la sanción establecida por el artículo 85 de la precitada ley, sanción que consiste en multa de cinco a quinientos pesos para los Jueces o Magistrados que admitieren como prueba documentos que deben otorgarse de conformidad con la ley. En igual sentido se ha pronunciado la Corte; se cita por vía de ejemplo el fallo de fecha doce (12) de diciembre de 1940 (Casación civil).

Pero lo insólito en el caso presente es que la misma parte que inició la acción de rescisión por lesión enorme, sea la misma que está empeñada en que se desconozca valor a la escritura pública en que se recogió el contrato sobre que versa el juicio: aceptada la tesis del actor quedaría sin ningún fundamento, por falta de la prueba del contrato, la acción que hubo incoado.

Para los efectos de la precitada ley 63, ofíciese al señor Administrador de Hacienda Nacional de Tunja sobre la existencia del contenido a que alude la escritura 1511 a fin de que adopte las medidas que estime convenientes en orden a la recaudación del impuesto de herencias.

Se rechaza el cargo.

En mérito de lo dicho la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo fechada el cinco (5) de noviembre de mil novecientos cincuenta y tres (1953).

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL, y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Ignacio Gómez Posse — Agustín Gómez Prada. Luis Felipe Latorre U. — Alberto Zuleta Angel. Ernesto Melendro Lugo, Srio.

ACCION DEL DUEÑO PARA QUE SE LE RESTITUYA UN PREDIO POR QUIEN DETENTA LA CALIDAD DE SIMPLE TENEDOR

En el juicio propia o típicamente reivindicatorio, de propietario contra poseedor, el reconocimiento de la deuda por mejoras y del derecho de retención para asegurar su pago, se hace en la sentencia que decide la acción de dominio en contra del demandado; porque si hubiera que discutir y fallar previamente sobre mejoras y retención, el artículo 970 no hablaría de poseedor VENCIDO. Por eso a nadie se le ha ocurrido sostener que para que el propietario pueda ejercitar su acción de dominio deba, previamente, reconocer y pagar expensas o mejoras. No. El dueño puede promover y adelantar el juicio reivindicatorio, en él se discutirá todo; propiedad del actor, posesión, deudas por mejoras, expensas, daños, etc., y la sentencia definitiva se pronunciará sobre todo eso, inclusive el derecho de retención por parte del poseedor.

Lo mismo debe hacerse en el caso del artículo 971, con respecto al TENEDOR VENCIDO, a quien se le aplican, por orden de dicho precepto, todas las reglas del Título XIII, Libro 2º del Código Civil, una de las cuales es la del artículo 970.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, septiembre veintisiete de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U.)

En el juicio divisorio de un predio denominado "Los Laches y Bellavista", ubicado en el barrio de San Cristóbal de Bogotá, actuación que se protocolizó en la Notaría Cuarta por escritura 563 de 14 de abril de 1926, se le adjudicaron a Manuel Antonio González dos lotes, uno de ellos, el distinguido con la letra B en el plano, con una cabida de 5.685 varas cuadradas.

Por escritura número 2820 de 22 de agosto de 1928 de la Notaría Primera de Bogotá, González transfirió a la sociedad "A Echeverri J. & Co." una parte **pro indivisa** de 2.800 varas cs. en ese predio, que fue entregado en su totalidad a la mencionada sociedad, por haberse hecho constar en el mismo instrumento una promesa de compraventa del resto **pro indiviso** del lote de que se trata a favor de la sociedad compradora, la cual arrendó el predio completo a Jacinto Rozo. Pero conforme a la escritura 1449 de 1º de agosto de 1931 de la Notaría Primera la prenombrada sociedad arrendadora vendió a Armando Jaime el derecho de las 2.800 varas que había comprado a González. Y como, por cualquier circunstancia, no se realizó la compraventa del resto del predio prevista y prometida en la escritura 2820 de 1928, la posesión de esa parte la recobró González, quedando así extinguido todo derecho de la sociedad arrendadora, y consolidándose la propiedad del predio en cabeza de los comuneros González y Jaime; pero habiendo continuado de hecho Jacinto y Víctor Rozo en la tenencia del predio de que se trata.

Así las cosas, los comuneros González y Jaime, apoyados en los artículos 971 y 2008 del Código Civil, promovieron ante el Juez Segundo Civil del circuito de Bogotá, contra los señores Rozo, el juicio ordinario de restitución, para que se declarara, como lo pidió el apoderado de los primeros lo siguiente:

"1ª — Que mis poderdantes Manuel Antonio González V. y Armando Jaime G. son dueños en común y proindiviso en la proporción de 2.885 varas cuadradas el primero, y 2.800 varas cuadradas el segundo, de un gran lote de terreno que consta de 5.685 varas cuadradas situado en la carrera tercera de esta ciudad, marcado con el número 7-22 Sur (antiguo camino del tranvía de San Cristóbal) y distinguido por los siguientes linderos: 'Por el norte, tomando del punto en que el lindero Sur, del lote de gastos, corta el camino del tranvía, siguiendo por éste a dar con el lindero del lote C que se adjudica a José Alfonso R. y Francisco Vásquez; tomando de ahí, por el lindero con el lote C, hasta dar a los terrenos de los herederos de Lezaca; de ahí, pasando por el camino de Balcanes a dar con el lindero con María Berbeo; de ahí, en dirección occidental, a dar con el lindero occidental del lote de María Berbeo de ahí a dar a terrenos de Balcanes; y de ahí línea recta hasta el primer lindero'.

"2ª—Que los demandados Jacinto Rozo y Víctor Rozo, actuales poseedores precarios del gran lote alinderado, están obligados a restituírlo a sus propietarios Manuel Antonio González V. y Armando Jaime G. con todas sus anexidades como cercas, hornos, y demás edificaciones y árboles, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del fallo o la sentencia.

"3ª—Que los demandados Jacinto y Víctor Rozo, han venido poseyendo el terreno dicho, como arrendatarios desde el día primero de agosto de 1931, y son deudores del valor de los arrendamientos en razón de cincuenta pesos mensuales, hasta que entreguen el terreno a sus dueños, a pesar de haber pretendido los demandados mudar su posición de arrendatarios por la de propietarios, en época reciente.

"4ª—Que en subsidio de la condena al pago de los cincuenta pesos mensuales como se pide en el punto 3º, se condenen a pagar el canon mensual de arrendamiento que se fije por medio de peritos al tiempo de la ejecución de la sentencia".

Agotado el trámite de la primera instancia el Juez la finalizó el 5 de mayo de 1953 con sentencia absolutoria, que fue apelada por los demandantes y revocada por el Tribunal con fallo de 2 de noviembre de 1954, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia apelada y en su lugar resuelve:

"Primero.—Declárase que los señores Manuel Antonio González V. y Armando Jaime G. son dueños en común y proindiviso, en la proporción de 2.885 varas cuadradas el primero y 2.800 varas cuadradas el segundo, del lote de terreno situado en la carrera 3ª de esta ciudad, con una cabida de 5.585 varas cuadradas, y comprendido dentro de los siguientes linderos: 'Por el norte, tomando el punto en que el lindero sur, del lote de gastos, corta el camino del tranvía, siguiendo por éste a dar con el lindero del lote 'C' que se adjudica a José Alfonso R. y Francisco Vásquez; tomando de ahí, por el lindero con el lote 'C' hasta dar a los terrenos de los herederos de Lezaca; de ahí, pasando por el camino de Balcanes a dar con el lindero con María Berbeo; de ahí, en dirección occidental a dar con el lindero occidental del lote de María Berbeo; de ahí, a dar a terrenos de Balcanes; y de ahí, línea recta hasta el primer lindero'.

"Segundo.—Condénase a Jacinto Rozo a restituir a los demandantes Manuel Antonio González V. y Armando Jaime G. el lote de terreno de propiedad de éstos a que se refiere el numeral anterior, por los linderos que en él se expresan, junto con todas sus mejoras, previo el pago de las mismas, cuyo importe se fijará de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 553 del C. J.

"Tercero—Condénase igualmente a Jacinto Rozo a pagar a Manuel Antonio González V. y Armando Jaime G., el valor de los frutos civiles del lote de terreno a que se refiere el punto anterior, a partir del primero de agosto de 1931 y hasta el día de la restitución, cuyo monto se determinará mediante el procedimiento del artículo 553 del C. J.

"Cuarto. — El importe de las mejoras y el de los frutos civiles del inmueble a que se refieren los numerales anteriores se compensarán hasta concurrencia de sus respectivos valores.

"Quinto.—Condénase al demandado Jacinto Rozo a pagar a los demandantes las costas de la primera instancia.

"Sexto.—Absuélvese al demandado Víctor Rozo de los cargos formulados en la demanda.

"Séptimo.—Condénase a los demandantes a pagar al demandado Víctor Rozo las costas de la primera instancia.

"Octavo.—Sin costas en el recurso".

Contra esta providencia interpuso el demando vencido el recurso de casación que hoy procede a decidir la Corte, previas las consideraciones que siguen:

Por razones de orden de lógica procesal, como lo ha establecido la Corte en varios fallos, tratándose de la causal 6ª debe iniciarse el estudio de la casación, con el examen del cargo apoyado en ella, que en el presente caso figura como cuarta acusación.

Cargo cuarto

Concebido y planteado así:

"Se incurrió en la causal de nulidad consistente en que no se confirió a Jacinto Rozo el traslado de la demanda ordenado en auto de 7 de noviembre de 1950, visible a folio 25 v. del cuaderno 1º. Se confirió este traslado al doctor Jorge I. Medina el 5 de mayo de 1951, pero él no podía ser apoderado del demandado al tenor del ordinal 1º del artículo 254 del C. J. porque desde el 11 de octubre de 1950 estaba desempeñando

las funciones de Juez 1º Civil del Circuito de Facatativá, según aparece del certificado que corre a folio 33 del cuaderno 1º.

"Y como el traslado conferido al Juez doctor Medina se tuvo por bien surtido y no se corrió personalmente al demandado, síguese que éste no fue debidamente citado al juicio y que se incurrió en la nulidad que al respecto establece el artículo 448 del C. J.".

Es infundado este reparo, por las siguientes razones:

La demanda inicial del juicio se le notificó directamente a Jacinto Rozo el 25 de mayo de 1950 (f. 17 v., cuad. 1º), en esa misma fecha Rozo confirió poder al doctor Medina Anzola cuando éste podía ejercer el mandato (f. 23), y así se le reconoció en auto de 16 de octubre siguiente, y hasta intervino denuncia del pleito, de manera que aun sobreviniendo la manifestación de Medina el 5 de mayo del año siguiente (1951) sobre imposibilidad de continuar en la representación del demandado por la aceptación del cargo de Juez discernido a aquél, lo cierto es que el señor Rozo estuvo apersonado en el juicio y por auto de 24 de octubre de 1951 (f. 36, cuad. 1º) se decidió el asunto en sentido adverso a la petición hecha por el nuevo apoderado de los demandados, y como de conformidad con lo estatuído en el número 1º del artículo 450 del Código Judicial, no hay nulidad cuando por auto ejecutoriado se ha decidido en favor de la personería cuya legitimidad se impugna, en el caso presente no existe el vicio alegado, y consecuencialmente el cargo que se estudia tampoco tiene fundamento.

Cargo primero

Se acusa la sentencia en este capítulo por "violación directa de los artículos 1989, 946, 952, 762, 964 y 971 del Código Civil"; y se hace consistir el reparo en que siendo el demandado un tenedor del inmueble en su calidad de arrendatario y el demandante un tercero, ha debido aplicarse el artículo 1989 y no los referentes a la reivindicación, y enderezarse la demanda contra el arrendador y no contra el arrendatario, porque la acción de dominio es de carácter real, compete al dueño que no tiene la posesión, contra el actual poseedor; y como Jacinto Rozo es simple tenedor en nombre de la sociedad que le arrendó el predio, no tiene porqué responder en juicio reivindicatorio y menos por un tercero.

La Corte observa:

Los señores González y Jaime ejercitaron, es cierto, una acción como dueños del bien de que se trata pero no propiamente la reivindicación común y típica contra el poseedor, establecida por los artículos 946 y 952 del Código Civil, sino la contemplada y establecida por el 971 ibidem que dice:

"Las reglas de este título (el de la reivindicación) se aplicarán contra el que, poseyendo a nombre ajeno, retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, **aunque** lo haga sin ánimo de señor".

El recurrente estima que ese artículo pugna, en cuanto se le trate de aplicar a un arrendatario, con el 1989, que reclama la preferencia por ser especial y posterior (artículo 5º, Ley 57 de 1887). Pero el apoderado de Rozo olvida: que los demandantes no son propiamente terceros en relación con la sociedad arrendadora que, hallándose en posesión del predio por haberlo recibido en su totalidad al comprar una parte y recibir la otra en desarrollo de la promesa de compraventa, se lo dio en tenencia, como arrendatario a Rozo; pero como la misma sociedad le vendió a Jaime la parte comprada y le devolvió a González la otra parte, por no haberse cumplido la promesa referente a la última, se presentó la situación contemplada en el artículo 2008 (número 3º) de extinción del arrendamiento, sin que el adquirente de la propiedad o posesión esté obligado a respetar ese contrato, claro que sin perjuicio de la indemnización que deba el arrendador al arrendatario. Así, el demandante Jaime, que compró una parte, y González, que recobró la otra, no se han enfrentado ni pretenden enfrentarse a la sociedad, antecesora de ellos en la propiedad y posesión del lote. El conflicto no es el de terceros contra el arrendador, sino de sucesores de éste, en el dominio y posesión, contra el arrendatario detentador.

Eso por activa, y por pasiva, la aludida sociedad arrendadora, que espontánea y voluntariamente se desprendió de la propiedad y posesión que tenía del predio en referencia, ni pretende derecho alguno sobre él ni ha asumido actitud alguna que revele la más leve oposición o reparo al pleno ejercicio de los derechos de González y Jaime **como dueños** del fundo, no como arrendadores.

Por otro aspecto, como el demandado no se pretende dueño y desde varios años antes de la demanda se beneficia del predio sin pagarle a nadie arrendamiento, no es posible declarar que tiene derecho de continuar en ese beneficio gratuito de un bien ajeno, y menos en presencia de

la actitud que en cierta etapa del juicio asumió el demandado, con falta notoria de seriedad o buena fe, al sostener que era dueño del inmueble de que se trata por habérselo comprado a Manuel Jáuregui Moncó, afirmación o pretensión cuya inexactitud quedó demostrada.

A este respecto, dice el Tribunal:

"La nueva posición que pretendió adoptar Jacinto Rozo dentro del proceso al querer cambiar su condición de tenedor por la de poseedor, alegando ser dueño del inmueble arrendado por compra del mismo a Manuel Juáregui Moncó, es desde todo punto de vista inaceptable. En primer lugar, porque habiéndose trabado la litis sobre la base de que el demandado Rozo era un simple tenedor, calidad aceptada por él, no pueden las partes modificar posteriormente los fundamentos de la relación jurídico-procesal. Y en segundo lugar, porque en la diligencia de inspección ocular practicada en esta instancia se estableció plenamente que el lote de terreno materia de la demanda es el mismo que tomó en arrendamiento Jacinto Rozo, y que el que compró a Jáuregui Moncó, si bien colindante con el anterior, es totalmente distinto. Allí se estableció, en efecto, que el inmueble que le fue dado en arrendamiento a Jacinto Rozo, y que en la actualidad se halla ocupado por él, es el comprendido dentro de los siguientes linderos, que coinciden exactamente con los del lote de terreno materia de la demanda: 'Por el norte, tomando del punto en que el lindero sur, del lote de gastos, corta el camino del tranvía, siguiendo por éste a dar con el lindero del lote 'C' que se adjudica a José Alfonso R. y Francisco Vásquez; tomando de ahí, por el lindero con el lote 'C', hasta dar a los terrenos de los herederos de Lezaca; de ahí, pasando por el camino de Balcanes a dar con el lindero con María Berbeo; de ahí, en dirección occidental a dar con el lindero occidental del lote de María Berbeo; de ahí, a dar a terrenos de Balcanes; y de ahí, línea recta hasta el primer lindero'. Y que el inmueble comprado por Rozo a Jáuregui Moncó por escritura número 28 de 30 de octubre de 1947, otorgada en la Notaría 7ª de Bogotá se halla alinderado así: 'Desde el extremo occidental del lindero sur, del lote de María Elvira Luque, tomando el camino antiguo del tranvía, hasta dar con el lindero del lote que se le adjudicó a Manuel Antonio González, y de ahí hasta con el lindero de Balcanes, y siguiendo éste a dar con el lindero sur del lote de María Elvira Luque en su extremo oriental; de ahí, por dicho lindero, a dar al extremo occidental primer lindero'.

Es tan exacta e incontrovertible esta versión del Tribunal, que después de la diligencia de inspección, el demandado volvió a ocupar el puesto de simple tenedor, calidad que había abandonado creyendo que la maniobra de instroducir la confusión de los predios para colocarse como poseedor, le facilitaba la defensa.

Carece pues de fundamento el cargo que se deja examinado.

Cargo segundo

Sostiene el recurrente que la sentencia del Tribunal incurrió en violación directa de los artículos 971, 2007, 769, 964, 982, 1995, 2008, ordinal 3º, 2019 y 2020, ordinal 2º del Código Civil.

No se declara, y menos en forma precisa, como es de regla en la demanda fundamental del recurso, en qué concepto se violó cada artículo, en qué sentido, si por indebida aplicación o por falta de aplicación o por interpretación errónea.

De los nueve preceptos citados, el recurrente destaca dos: el 971 y 1995, y más adelante el 2007 y el 1634 (no incluído el último en la relación de las disposiciones quebrantadas), para sostener la ilegalidad del fallo porque no hay retención indebida (artículo 971) por el arrendatario cuando a éste se le deben indemnizaciones por cualquier concepto, como mejoras puestas por él, como es el caso de Jacinto Rozo (artículo 1995), situación que la propia sentencia acusada reconoce y respeta.

Si esto último es así, el reparo se desvanece, porque el hecho de haber mejoras abonables y el derecho de retención mientras no se paguen, no son cuestiones de previo y especial pronunciamiento, antes de demandar la restitución, sino que son materias que se ventilan y esclarecen en el propio juicio propuesto por el dueño para recobrar la cosa, porque el artículo 971 expresamente dispone que las reglas de "este título", el de la reivindicación, se aplican al caso allí contemplado Una de esas reglas es la del artículo 970, que reza:

"Cuando el poseedor **vencido** tuviere un saldo que reclamar en razón de expensas y mejoras, podrá retener la cosa hasta que se verifique el pago, o se le asegure a su satisfacción".

Como se ve, en el juicio propia o típicamente reivindicatorio, de propietario contra poseedor, el reconocimiento de la deuda por mejoras y del derecho de retención para asegurar su pago, se hace en la sentencia que decide la acción de dominio en contra del demandado; porque si hu-

biera que discutir y fallar previamente sobre mejoras y retención, el artículo 970 no hablaría de "poseedor **vencido**". Por eso a nadie se le ha ocurrido sostener que para que el propietario pueda ejercitar su acción de dominio deba, previamente, reconocer y pagar expensas o mejoras. No. El dueño puede promover y adelantar el juicio reivindicatorio, en él se discutirá todo; propiedad del actor, posesión, deudas por mejoras, expensas, daños, etc., y la sentencia definitiva se pronunciará sobre todo eso, inclusive el derecho de retención por parte del poseedor.

Lo mismo debe hacerse en el caso del artículo 971, con respecto al **tenedor vencido,** a quien se le aplican, por orden de dicho precepto, todas las reglas del Título XIII, Libro 2º del Código Civil, una de las cuales es la del artículo 970, que se aplicó en este negocio.

Dentro del mismo **cargo segundo,** el recurrente hace también estos reparos:

Que conforme al artículo 2007 del Código Civil "Para que el arrendatario sea constituído en mora de restituir la cosa arrendada, será necesario requerimiento del arrendador, aun cuando haya precedido desahucio". Pero se olvida, por una parte, que esto es para los efectos que contempla la última parte del artículo; resarcimiento de perjuicios por la mora; y, por otra, que en el actual litigio el demandante González, no está accionado como arrendador, sino como propietario, sin vinculación alguna con Rozo arrendatario, precisamente porque el contrato de arrendamiento no lo obliga.

Otro tanto cabe decir en lo tocante al valor del arrendamiento. No se trata aquí del cobro de un crédito por tal concepto, para pretender que se aplique el artículo 1634 del Código Civil, sino del pago de frutos de la cosa, debidos por el ocupante de ella al dueño, como en el caso de prestación análoga debida por el poseedor al reivindicante. Puede suceder que en ciertos casos coincida el valor de tales frutos con el precio pactado en un arrendamiento, pero puede ocurrir que no sea así, como si un predio susceptible de producir $ 100 mensuales hubiera sido arrendado por $ 5 por mes. El dueño no se conformaría con cobrar por la prestación que por frutos se le deba esa insignificante suma de $ 5. En el presente caso el Tribunal no halló bien determinado el monto justo de la prestación por frutos y remitió a las partes al procedimiento establecido por el artículo 553 del Código Judicial; y en eso procedió bien, precisamente porque no se trata de hacer efectiva una deuda procedente del contrato de arrendamiento, que no obliga al comprador del predio, sino de una prestación debida al propietario como tal, en aplicación de las normas de la reivindicación, haya pagado o no el tenedor como arrendatario al dueño anterior, suma alguna por valor del arrendamiento, sin que valgan, en contra del nuevo dueño, pruebas de pretendidos pagos producidos con posterioridad a la adquisición de la propiedad por el demandante.

Todo lo expuesto lleva a la conclusión de que el Cargo Segundo carece también de mérito jurídico.

Cargo tercero

En este capítulo le imputa el recurrente al Tribunal errores, sin decir si de hecho o de derecho, en la interpretación de la demanda y en la apreciación de varias pruebas, para concluir que esa equivocación "lo hizo incurrir en violación indirecta de los artículos 946, 950, 952, 964, 971, 1546, 1628, 2019, 2020 y 1995 del Código Civil"; pero en la acusación no se concreta, no se indica con precisión, el concepto o sentido en que cada una de esas normas fue quebrantada, y así no es posible para la Corte entrar, por adivinación, a examinar violaciones imputadas en forma abstracta, genérica y nebulosa.

Por otra parte, los pretendidos errores, considerados aisladamente, tampoco aparecen, y menos de manera manifiesta los que serían de hecho, como el de interpretación de la demanda, que se hace consistir en que los demandantes dijeron que los demandados eran poseedores materiales "en su condición de arrendatarios"; que no expresaron en qué forma se hizo constar el contrato de arrendamiento, si por escrito o verbalmente, ni cuál fue su término o plazo de duración, pero sí que principió el 1º de agosto de 1931 y que esa fecha coincide con la de la escritura 1449 por medio de la cual la sociedad arrendadora le vendió al demandante Jaime el derecho sobre 2.800 varas en común, pero no todo el predio, por lo cual dicha venta no podía extinguir el contrato de arrendamiento sobre el globo común de 5.685 varas.

En primer lugar esas observaciones no implican en manera alguna mala interpretación de la demanda y aun aceptando los hechos como los presenta el recurrente, el Tribunal no los interpretó en sentido contrario. De un modo u otro, lo cierto es que González y Jaime son dueños exclusivos, en común del predio completo; que este predio lo arrendó la sociedad a Rozo cuan-

do, considerándose con derecho sobre el globo total, por haberle comprado una parte a González (2.800 varas) según escritura número 2820 de 22 de agosto de 1928, y el resto habérselo dado en posesión al mismo González, en aplicación práctica de la promesa de venta consignada en la misma escritura 2820, al efectuarse la venta a Jaime y haber fracasado la promesa, el derecho que la sociedad arrendadora tenía en parte y creía tener en la otra se extinguió y consecuencialmente el arrendamiento de todo el predio finalizó y el arrendatario continuó reteniendo indebidamente la finca, perteneciente, sin la menor duda, a los demandantes, a quienes en ningún sentido obligaba el arrendamiento.

La errada interpretación de la escritura 1449 (venta de la sociedad arrendadora a Jaime), se funda, como el propio recurrente lo dice, en "el mismo raciocinio empleado al hablar de la deficiente apreciación de la demanda"; raciocinio que la Corte ha refutado en el pasaje que precede inmediatamente.

La deficiente apreciación de la escritura 2820 de 22 de agosto de 1928, en que obró Alfonso Echeverri, como único representante de la sociedad, al comprar para ésta a González las 2.800 varas de que se ha hablado, no aparece demostrada por el hecho de que en el mismo fallo se le hubiera reconocido mérito a la venta hecha en 1931 por Guillermo Echeverri, en representación de la referida sociedad, al actual demandante Jaime, porque nada impide que entre 1928 y 1931 se le hubiera otorgado personería al socio Guillermo, como éste afirma en el mismo instrumento de 1931, que se le otorgó con base en el de reforma de la sociedad por escritura 1996 de 27 de junio de 1929, y al celebrar el contrato en 1931 lo hace previa consulta a su consocio Alfonso Echeverri y con la autorización de éste.

Por otra parte, nadie había impugnado durante el juicio la legitimidad de la representación asumida por Guillermo Echeverri al hacerle la venta a Jaime, y menos la sociedad que figuró como vendedora.

Por otro aspecto, la supuesta falta de apreciación por el Tribunal, de la promesa de venta contenida en la misma escritura 2820, podría haber favorecido, antes que perjudicar a la parte demante en este juicio, porque no se habría encontrado la razón o el título en que se hubiera apoyado la sociedad para arrendar todo el predio a Rozo, cosa que pudo hacer, precisamente por haberle dado González la posesión material, no solamente de lo vendido sino también de lo prometido vender.

Ahora bien, al enajenar a Jaime lo primero, o sea, lo que había comprado, y al dejar de realizarse la promesa, se extinguió todo derecho en la sociedad arrendadora y el arrendamiento finalizó.

No se necesitaba para producirse tal efecto sentencia de resolución del contrato de promesa, sino sencillamente **el hecho** de que ésta no se hubiera cumplido por culpa de una de las partes (cualquiera de ellas) o por convenio de las dos. **Lo cierto es que no se ha aducido prueba de que** tal promesa hubiera culminado, con el perfeccionamiento oportuno de la compraventa, lo que implica el recobro de la posesión por el prometiente vendedor.

Todo lo demás alegado a este respecto toca con las relaciones jurídicas entre las partes obligadas en la promesa, pero no entre el dueño indiscutible, González y el arrendatario.

La supuesta "apreciación indebida o falta de apreciación de las pruebas de pago de cánones de arrendamiento", y pretendida violación del artículo 1628 del Código Civil, es un reparo carente de todo mérito, porque en este juicio los demandantes no están ejercitando ninguna acción que competa al arrendador, precisamente porque el contrato de arrendamiento no los obliga, sino la de dueños que reclaman, como tales, la entrega del inmueble con sus frutos, sin consideración a un contrato que no ha creado relación jurídica que los obligue.

Por último, la acusación con que concluye el cargo tercero de que hubo "errónea apreciación de la prueba sobre identidad de la cosa demandada", tendría algún objeto si el demandado volviera ahora con la pretensión de que es dueño del predio por habérselo comprado a un tercero; posición insostenible, de la cual se aparta el señor Rozo para mantenerse en la de arrendatario, o sea, simple tenedor como arrendatario.

El recurrente tiene que comprender que no es posible sostener las dos posiciones: la de poseedor y dueño como comprador y la de tenedor como arrendatario.

Además, es incuestionable, como se acreditó con la simple inspección ocular, que para el efecto bastaba, que el terreno comprado por Rozo a Jáuregui Moncó, es diferente del predio de González (hoy de éste y de Jaime), con el cual colinda. Y suponiendo que el Tribunal se hubiera equivocado respecto de la identidad del predio demandado, estimando, por lo que se vio en la

inspección, que es distinto del que Rozo compró a Jáuregui, se trataría de un típico error de hecho, que no aparece comprobado y menos como manifiesto o evidente.

El examen pormenorizado de todos los reparos contenidos en el cargo tercero, lleva a la conclusión de que este cargo carece de fundamento.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Luis Felipe Latorre U. — Ignacio Gómez Posse — Agustín Gómez Prada — Alberto Zuleta Angel — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.



LA CORTE SE PRONUNCIA SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTADOR AEREO, EL VALOR PROBATORIO DE LOS INFORMES DE LA DIRECCION GENERAL DE AERONAUTICA CIVIL, LA ACCION CONTRACTUAL Y LA EXTRACONTRACTUAL QUE PUEDEN ORIGINARSE DE UN MISMO ACCIDENTE, LA OPCION EN FAVOR DEL CAUSAHABIENTE, EL PERJUICIO ESPECIFICO CAUSADO POR LA CULPA CONTRACTUAL Y LA EXTRACONTRACTUAL, ETC.

1. — El transporte aéreo organizado, de personas o cosas, es un servicio, público aun cuando no sea prestado por el Estado, ni lo preste una empresa por concesión o delegación del Estado (art. 39 de la Carta). La ley 89 de 1938, orgánica de la aviación civil, confirma y acentúa este carácter.

2.—Está, por tanto, sometido a la reglamentación, la inspección y la vigilancia del Estado (aa. 39 de la Carta, 318 del C. de Co. Terrestre y 23 de la Ley 89 de 1938), funciones que le están atribuídas a la Dirección General de Aeronáutica Civil, dependencia del Ministerio de Obras Públicas.

3—En relación con estas funciones se destaca el papel que corresponde al Estado en la investigación de las causas de los accidentes aéreos, de conformidad con los artículos 35, 36 y 37 de la ley 89 de 1938. Siendo oficial la función de designar las comisiones, oficial el personal técnico con que se integran y oficial también la función que se les atribuye, sus informes, en cuanto registran hechos o certifican el funcionamiento regular o irregular de instalaciones, equipos o servicios, tienen, fuéra de un alcance netamente administrativo, dirigido a saber si las empresas cumplen los reglamentos oficiales, un mérito legal dentro de los procesos civiles y penales, de acuerdo con los artículos 632 y 251 de los Códigos de procedimiento civil y penal, respectivamente, y 37 y demás preceptos de dicha ley 89 concernientes a las comisiones en referencia.

4.—Es elemental que si al Estado concierne la reglamentación, la inspección y la vigilancia del servicio público aéreo, tenga la potestad de averiguar las causas de los accidentes, tarea en la cual ha de poder decir si personal, máquinas, equipos e instalaciones, y el servicio mismo, han funcionado correcta o incorrectamente, registrando en este caso los vacíos o deficiencias observados, teniendo presentes la reglamentación oficial de la navegación y del transporte aéreos y demás actos o resoluciones de la administración que rijan las actividades de la respectiva empresa.

5.—Si las empresas tienen el deber legal de prudencia y diligencia y el cumplimiento de este deber está bajo la vigilancia y control del Estado, es apenas lógico que las deficiencias o vacíos que anoten las comisiones, como contrarios que son a la justa ejecución de ese deber, sean otros tantos puntos a que específicamente debe referirse el empeño liberatorio del transportador, eliminando así la culpa en relación con cada uno de esos puntos. La víctima no está comprometida a establecer la culpabilidad de la empresa. Es ésta quien debe probar su inculpabilidad acreditando su diligente y prudente proceder integral, sin dejar de referirse particularmente a las fallas registradas por la comisión, pretextando haber sido observadas por ésta y no haberlas probado el damnificado. Porque, por una parte, es el conductor quien debe probar su propia diligencia y no la víctima la falta de diligencia en el conductor; y por otra, el Estado ha de tener ese mínimo de participación (el señalamiento de las fallas o deficiencias), en tratándose de un servicio público de tanta monta como es el del transporte aéreo, puesto bajo su control, al cual no puede ser ajeno nada de lo que concierna a ese deber legal de diligencia que sintetiza justamente la responsabilidad del transportador.

6.—La Corte reitera la doctrina consistente en aceptar dichos informes, así: primero, limitando su ámbito a las observaciones relacionadas con el personal y funcionamiento de los equipos e instalaciones o de sus

diferentes servicios, ya que no se trata de un dictámen pericial producido en la forma ordinaria; segundo, con un valor demostrativo de haber cumplido o no el transportador la obligación de prudencia y diligencia, valor que las partes pueden sustentar o desvirtuar por los medios legales y que al Juez corresponde fijar de manera definitiva.

No se trata de un régimen de excepción al derecho común sobre pruebas, sino de una aplicación peculiar de los preceptos antes citados, a la materia del transporte aéreo, dentro de los límites antedichos. Ni se trata tampoco del dictamen pericial reglamentado en el capítulo VIII, título XVII, del libro 2º del C. de P. C. Se trata simplemente de informes formulados por expertos oficiales en ejercicio de una función pública. Es verdad que los informes de que se trata se producen inicialmente al margen de toda controversia; mas, reducida, por una parte, su órbita, según queda expresado, y siendo controvertibles, en todo caso, al ser aducidos en el proceso civil, no es de monta la objeción formulada a este respecto.

7.—Se reitera la doctrina según la cual sobre el transportador por aire pesa la obligación de llevar sano y salvo al pasajero; debe, por tanto, tomar todas las precauciones que profesionalmente sean necesarias para que no se produzcan accidentes; y se exonera de responsabilidad mediante la prueba de haber obrado así, esto es, de la ausencia de culpa. La Corte ha revisado la construcción jurídica elaborada en fallos anteriores, con elementos dispersos de la ley positiva, por no contener ésta disposiciones especiales sobre dicha clase de transporte, y la considera ajustada al derecho, a la naturaleza peculiar de la navegación aérea y a la doctrina general sobre tan importante materia.

8.—La responsabilidad del transportador es contractual y no delictual. Un mismo hecho, sin embargo, violatorio de la obligación de seguridad a cargo de la empresa, puede generar responsabilidad contractual y extracontractual, y en una misma persona (el causahabiente de la víctima) pueden radicarse las acciones correspondientes a una y otra responsabilidad, para elegir una de ellas, pero no para acumularlas. Tales acciones así originadas en campos distintos están individualizadas por caracteres propios y por un crecido número de consecuencias diversas, que la jurisprudencia de la Corte y la doctrina general han señalado claramente.

9.—El causahabiente puede elegir la acción originada del contrato, por la culpa de la empresa, acción recibida en la herencia de la víctima inicial; o la acción propia autónoma, por el perjuicio directamente recibido a causa del accidente. Los "terceros" no tienen, como es natural, la primera, pero tienen siempre la última, en la medida del daño que personalmente se les haya irrogado. Este derecho de opción beneficia notoriamente al heredero, porque le permite elegir la acción que le sea más útil, con base en las diferencias entre una y otra acción.

10.—Es transmisible la acción de perjuicios originada del contrato de transporte, por incumplimiento del conductor, aún en caso de fallecimiento instatáneo del pasajero, de acuerdo con las normas generales que gobiernan la transmisión del patrimonio, por causa de muerte, y la particular del artículo 2077 del C. C.

11.—Siendo transmisible la acción de perjuicios nacida del contrato y teniendo el causahabiente la facultad de elegir entre dicha acción y la acción personal, el heredero está en la posibilidad de demandar los perjuicios correspondientes a una o a otra acción, esto es, perjuicios distintos por su entidad jurídica específica. Distintos por el ORIGEN de los mismos, ya que en un caso nacen de la culpa contractual, y en el otro, del hecho ilícito; por la CAUSA que los produce, que en el primer caso es la inejecución de la prestación convencional determinada, al paso que en el segundo es la inobservancia de una regla genérica de buen obrar; por el OBJETO que persigue su reconocimiento: restablecer, en un caso, el equilibrio entre los intereses preconstituídos, concretos y cabales vinculados al contrato, y en el otro, reparar el quebranto causado al interés personal, solitario y autónomo de la víctima; por el SUJETO que puede exigirlos, que en aquél es el contratante agraviado por el incumplimiento de la obligación estipulada, y en éste, cualesquiera personas afectadas por la conducta del autor; por la prueba del HECHO que los genera, que en la responsabilidad con-

tractual se logra con la prueba del contrato, en tanto que en la aquiliana se ha de demostrar, presuntiva o directamente; por la EXTENSION de los mismos perjuicios, pues en un caso no comprenden sino los previsibles, salvo mala fe del infractor, en tanto que en el otro comprenden tanto los previsibles como los imprevisibles; por el PATRIMONIO que afectan, que es el de la víctima inicial, demandados por ésta directamente o por sus sucesores, en la responsabilidad contractual, o el propio y exclusivo de los damnificados, en la aquiliana; por PECULIARIDADES tales como la compensación de culpas, que en la responsabilidad extracontractual puede reducir o anular la pretensión de reparación, mientras que en la contractual no actúa; como los lapsos de la prescripción extintiva, muy diferentes en uno y otro caso, etc., etc.

12.—Estas diferencias y otras más, especifican e individualizan los perjuicios, de manera que no puede haber confusión y menos aún identidad entre una y otra especie. No es óbice a esta especificación e individualización, la circunstancia de tratarse de un mismo hecho, objetivamente considerado, ni tampoco el que las dos acciones concurran en un mismo sujeto con facultad de elegir, porque no se identifica al heredero, continuador de la persona del DE CUJUS, partícipe en la universalidad herencial y cuya legitimación en causa le viene de su interés en la herencia, con el sujeto individual e independiente, que obra por sí y para sí y cuya legitimación en causa radica en su interés exclusivo lesionado.

13.—La vinculación del perjuicio al provecho que el demandante derivaba de la víctima, ha sido sostenida por la Corte en la acción de responsabilidad aquiliana, justamente porque el perjuicio personal del heredero —como lo fuera el de un extraño— es lo que se persigue con dicha acción; en sentencia de 24 de junio de 1942 (LIII, 660), la Corte expuso las razones para considerar esta acción como elemento patrimonial del causahabiente, y no del antecesor; pero, en la de 23 de abril de 1941 (LI, 468), aplicó el criterio del perjuicio directo del heredero, no obstante tratarse de responsabilidad contractual. Esta doctrina no puede generalizarse, por la confusión que encierra entre lo que es de una y otra responsabilidad, de uno y otro daño específico. Las recientes sentencias de casación de 23 de abril de 1954 (LXXVII, 412) y 23 de noviembre del mismo año (LXXIX, 666), consagran doctrinariamente la tesis del perjuicio específico, según la acción de que se trate, y la de 30 de marzo de 1951 (LXIX, 384), ya había hecho antes una aplicación concreta de esta misma tesis, para ordenar la indemnización, en un caso de acción contractual ejercida por el heredero, con base en el daño inferido al causante.

14.—El cúmulo o acumulación de la indemnización propia del seguro de vida, que debe pagar el asegurador y la indemnización o reparación del daño, a cargo de quien lo haya causado, se admite hoy por la doctrina, principalmente en materia de daños a la persona —lesiones personales, muerte— en consideración a que la indemnización, siempre fija del seguro de vida, no corresponde al perjuicio sufrido. Esta solución no pugna a la regla consagrada en el artículo 641 del C. de Co.

Otro tanto cabe decir respecto de la herencia recibida por los causahabientes que ejercen la acción del contrato, en la sucesión de la víctima: la herencia representa la actividad pretérita de ésta, que en nada juega en la actividad futura de la misma, a la cual se refiere el daño causado al pasajero fallecido.

15. — El fenómeno de la acumulación de autos tiene, precisamente, entre sus consecuencias, la de que las pruebas producidas en uno de los juicios pueden aprovechar a los otros, ya que se trata de fenómenos que persiguen justamente evitar diversos procesos separados a la vez. Así lo tiene admitido la Corte.

16.—El juzgador de instancia no debe ordenar que se liquide el perjuicio moral subjetivo por medio del procedimiento del artículo 553 del C. J., pretextando un orden o método sin apoyo lógico, legal o doctrinal, ya que al sentenciador corresponde regular el monto de este perjuicio, dentro del límite señalado en el artículo 95 del C. P.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil B)—Bogotá, septiembre veintisiete de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

La Corte procede a resolver sobre la casación propuesta contra la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, fechada el 15 de febrero de 1954 y dictada en el juicio de Carlos Calle Londoño y otros contra la sociedad Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca).

I. — Los antecedentes

1.—El avión C-140, de nombre "Gonzalo Jiménez de Quesada" y propiedad de la compañía demandada, en viaje de Bogotá a Bucaramanga chocó con el cerro "El Mortiño", en las inmediaciones de esta ciudad; el aeroplano se incendió y la tripulación y los pasajeros perecieron. Era el 27 de febrero de 1940, a las 8 horas y 57 minutos de la mañana.

2.—Entre los pasajeros figuraban los señores doctor Benito Hernández Bustos, Ricardo M. Lecuona, Edith Lecuona, Eleonor A. Lecuona y Miguel Calle Londoño.

3.—Por los perjuicios causados demandaron a la sociedad Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca):

1º—Blanca Victoria, Mariela y Benito Hernández Duplat;

2º—Ricardo Lecuona Otegui y Frances Lecuona, padres legítimos de Ricardo M. Lecuona; John J. Mc Govern y Alma Mc Govern, padres legítimos de Edith M. Lecuona, a la vez abuelos legítimos de Eleonor A. Lecuona, hija de Ricardo y Edith; y José G. Lecuona, Pilar Lecuona y Teresa Lecuona de Estévez, hermanos de Ricardo y tíos de Eleonor; y

3º—Carlos Calle y Carlos Calle Londoño, padre y hermano legítimo, respectivamente, de Miguel Calle Londoño.

4.—Tres demandas separadas fueron introducidas en los Juzgados del Circuito de Barranquilla, por los tres grupos mencionados; la parte demandada negó la responsabilidad que le fue atribuída en aquéllas, de modo que los juicios se trabaron, habiendo sido resueltos en la primera instancia en forma favorable a los actores.

II. — La sentencia acusada

5.—En la segunda los tres juicios fueron acumulados, y el Tribunal del Distrito Judicial de Barranquilla los falló en sentencia de 15 de febrero de 1954, en esta forma:

"Declárase que la sociedad Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca) es civilmente responsable de los perjuicios morales y materiales causados a los menores Blanca Victoria, Mariela y Germán Benito Hernández Duplat, Carlos Calle y Carcos Carlos (sic) Calle Londoño, José G. Lecuona, Pilar G. Lecuona y Teresa Lecuona de Estévez por razón de la muerte, respectivamente, de su padre legítimo doctor Benito Hernández Bustos, su hijo y hermano Miguel Calle, y hermano legítimo y cuñados de Ricardo Lecuona, Edith M. Lecuona y Eleonor A. Lecuona.

"Condénase en abstracto a la entidad demandada Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca) al pago, a favor de los menores Blanca Victoria, Mariela y Germán Benito Hernández Duplat, Carlos Calle y Carlos Calle Londoño, José G. Lecuona, Pilar G. Lecuona y Teresa de Estévez, de los perjuicios materiales y morales recibidos con motivo de la muerte, respectivamente, de su padre doctor Benito Hernández Bustos, de su hijo y hermano Miguel Calle, hermanos legítimos y cuñados de Ricardo Lecuona, Edith M. Lecuona y Eleonor A. Lecuona.

"3º—Declárase no probadas las excepciones perentorias propuestas por la sociedad demandada;

"4º—Con costas".

6.—La parte demandada acusó en casación dicha sentencia; concedido, admitido y tramitado el recurso, la Corte pasa a decidir.

Tres capítulos comprende la acusación, destinados a formular separadamente los cargos a la sentencia, en relación con cada una de las tres demandas.

CAPITULO PRIMERO — RECURSO RESPECTO A LA DEMANDA DE LOS HERNANDEZ DUPLAT

Cargos primero, segundo y séptimo

1.—Siete cargos formula el recurrente relacionados con la demanda incoada por los herederos del doctor Benito Hernández Bustos, de los cuales seis se apoyan en la causal primera de casación, y el último, en la segunda. Se tratará en conjunto, de los cargos primero, segundo y séptimo, debido a que los dos primeros se fundan en las mismas razones, y el último guarda estrecha relación con aquéllos.

2.—Los **dos primeros cargos** se basan en el hecho de haber condenado la sentencia por una res-

ponsabilidad aquiliana, cuando se demandó por una responsabilidad contractual, a causa de no haber cumplido la empresa las obligaciones contraídas por ella en virtud de un contrato de transporte aéreo de personas.

En el **primer cargo** se acusa la sentencia de infracción directa —por aplicación indebida— de los arts. 231 y 2347 del C. C. y 36 de la ley 89 de 1938, únicos preceptos en que se apoya la decisión, ya que habiéndose demandado con acción nacida del contrato, no podían estos preceptos —tocantes a la responsabilidad extracontractual— servir de fundamento de derecho a un fallo condenatorio.

En el segundo se acusa:

a) Por violación indirecta de los mismos textos legales, debido a error de hecho en la estimación de la demanda y su respuesta (fls. 13 a 14 y 31 a 34 del cuaderno 9 principal), error que consiste "en haber considerado y decidido la controversia como originada en culpa extracontractual y no en el incumplimiento de un contrato de transporte, como está dicho sin ninguna ambigüedad en las precitadas piezas fundamentales de la litis".

b) Por error de derecho en la apreciación de esa misma "prueba fundamental de la controversia", "error de derecho en que incurrió el Tribunal al negarle o dejar de darle a la demanda el valor o mérito vinculante de prueba en cuanto obliga al juez a estudiar y sentenciar la litis sobre la acción propuesta y los planteamientos contenidos en ella de manera exclusiva, ya que las sentencias, además de ser claras y precisas, deben guardar consonancia con la demanda y todas las pretensiones oportunamente deducidas por las partes".

En el cargo séptimo se acusa de incongruencia, por el mismo hecho de haberse demandado por responsabilidad contractual y haber decidido el fallo por responsabilidad extracontractual.

I. — Cargo séptimo, de incongruencia

Se considera:

3.—Doctrina reiterada de la Corte enseña que la responsabilidad a cargo del transportador, cuando deja de cumplir su compromiso de llevar al pasajero sano y salvo al lugar de su destino, se origina del contrato y no de la violación del deber legal de no causar daño a las personas, es decir, que es contractual y no aquiliana.

La Corporación sostuvo la doctrina contraria, como aparece de las decisiones, entre otras, de la Sala de Negocios Generales, fechada el 11 de octubre y 9 de diciembre de 1938 (XLVII, 582). Pero de un tiempo acá, como en Francia desde 1911, la doctrina es la de la responsabilidad contractual. (V. dos sentencias de la Sala de Negocios Generales, de 23 de abril de 1941. LI, 429 y 459; sentencia de la misma Sala, de 2 de abril de 1943. LV. 414; casaciones: de 15 de mayo de 1946. LX. 436; de 29 de noviembre de 1946. LXI. 663, y de 23 de abril de 1954. LXXVII. 411).

4.—No es que demandada la responsabilidad por culpa contractual, se hubiese fallado por culpa aquiliana. La parte actora podía elegir la acción nacida del contrato o la proveniente del hecho ilícito, según la jurisprudencia de la Corporación. (V. casaciones: agosto 12 de 1948. LXVI, 697; diciembre 1º 1948. XL. 454; julio 31 de 1940. XLIX, 619; marzo 18 de 1942. LIII. 248; junio 24 de 1942. LIII. 656; mayo 15 de 1946. LX. 436; febrero 1º de 1951. LXIX. 33; abril 23 de 1954. LXXVII. 411 y noviembre 23 de 1954. LXXIX. 667).

En este caso los demandantes optaron por la acción originada del contrato, como lo considera el Tribunal. Dice la sentencia:

"Los demandantes le hacen a la empresa el cargo de falta de previsión y cuidado en el cumplimiento de sus obligaciones como Empresa transportadora en lo que respecta al viaje del avión C-140 del 27 de febrero de 1940 que tan trágicamente culminó, y la Empresa, a su vez, ha venido sosteniendo que precisamente fue ella todo lo diligente y previsiva que era de desear y que si el hecho ocurrió se debió a causas que no estaba en sus manos evitar, careciendo por lo tanto de toda responsabilidad en el accidente acaecido en la fecha indicada.

"En la primera y tercera demanda la indemnización se reclama con base en el contrato celebrado entre los pasajeros y la Empresa transportadora, y en la segunda se demanda el pago de indemnización por responsabilidad aquiliana, esto es extracontractual".

Planteada de esta suerte la demanda en el campo de la culpa contractual, el juzgador debía fallarla sin salirse de él, y así lo hizo, como se sigue de dicho planteamiento, y de la circunstancia de que en el examen de la conducta de la empresa no exigió a la parte demandante la prueba de la culpa, sino a la demandada la prueba de la ausencia de culpa.

Dice así la sentencia:

"Cierto que la Empresa tomó medidas para que el accidente no hubiera ocurrido, esto es, para que el contrato de transporte se hubiera cumplido en todos sus términos, pero no las tomó todas, porque de haberlas tomado de seguro los aparatos de radiotelegrafía de la Estación de Bucaramanga hubieran sido examinados y puestos en condiciones de prestar servicio eficiente".

Es verdad que el fallo cita algunos preceptos legales tocantes a la responsabilidad delictual, pero ello, cuando más, acusa una confusión en la deficiente sentencia, en cuanto a la ubicación del caso en los textos concretos de la ley, pero no que se hubiese reconocido una responsabilidad aquiliana cuando la invocada en el libelo inicial fue la contractual.

Y es verdad también que el fallo dice que "el reclamo indemnizatorio podría hacerse con base en el contrato de transportes que las víctimas del siniestro celebraron con la Empresa o extracontrato", lo cual significa, no que se hubiese fallado trasladando la acción incoada al dominio de la responsabilidad delictual, como si se tratase de una culpa sin ligamento a contrato alguno, sino que la parte actora habría podido demandar por cualquiera especie de culpa, sujeta la elegida naturalmente al régimen que le es propio. En el caso presente optó por la contractual, y el Tribunal halló que la empresa no había demostrado la ausencia de culpa exonerativa, motivo por el cual, demandada la responsabilidad de esa especie, el fallo que la reconoce no es incongruente.

II. — Cargo segundo

5.—a) La infracción indirecta de estas disposiciones proviene, en primer término, de la errónea estimación de la demanda y su contestación, pues habiendo demandado por responsabilidad concerniente a la culpa contractual, se sentenció con fundamento en la aquiliana, lo cual envuelve un error de hecho en la apreciación de dichos documentos, con la consecuencia del quebranto de los artículos 2341 y 2347 del C. C. y 36 de la ley 89 de 1938.

b) Y en segundo término, la dicha infracción indirecta se produce por error de derecho sufrido por el sentenciador en la valoración legal de los mismos documentos.

Se considera:

6.—Fuéra de que en la segunda parte del cargo el recurrente omite señalar los textos del derecho probatorio que determinan el valor de las pruebas —esto es, la infracción medio— el cargo reposa en el mismo hecho de haber sido demandada la empresa de aviación, por responsabilidad originada del contrato y haber sentenciado el Tribunal por responsabilidad propia de la culpa delictual.

Mas, como el Tribunal halló probada una responsabilidad nacida del contrato, según se vio antes, motivo por el cual no procede la acusación por incongruencia, tampoco es viable por el aspecto de los errores de hecho y de derecho, ya que en relación con el primero, no lo hubo, pues el Tribunal falló sobre la responsabilidad demandada, y respecto del segundo, se le dio a la demanda y a su respuesta, por lo mismo, el valor y alcance justos.

Razón por la cual, no es aceptable tampoco el segundo cargo.

III. — Cargo tercero

7.—Se acusa el fallo:

A) Por error de derecho en la apreciación del informe rendido al Director General de Aeronáutica Civil, por la Comisión nombrada, debido a que tal informe no tiene el carácter legal de medio probatorio;

B) Por error de hecho en la estimación del mismo documento, por haber hallado el Tribunal en él la demostración de la culpa de la Empresa; y

C) Por error de hecho, a causa de no haber apreciado varias pruebas, las cuales demuestran de modo manifiesto que la Avianca cumplió cabalmente la obligación de seguridad contraída por ella.

8.—La parte recurrente, antes de formular su acusación a este respecto, sostiene, para que se conserve, la doctrina de la Corte, conforme a la cual el conductor en el transporte aéreo, responde de una obligación general de diligencia y prudencia, de modo que se exonera de responsabilidad probando la ausencia de culpa.

La Corte reitera esta jurisprudencia, consagrada especialmente en sentencias: de la Sala de Negocios Generales, de 23 de abril de 1941 (LI. 461), casaciones fechadas el 15 de mayo de 1946 (LX. 430), el 29 de noviembre del mismo año (LXI. 661) y el 27 de agosto de 1947 (LXII. 678), y precisa las de 23 de abril de 1954 (LXXVII. 411) y de 23 de noviembre del citado año (LXXIX. 665), en el sentido de la misma jurispruden-

cia. Por consiguiente, a los transportadores por aire les basta probar en caso de siniestro, para exonerarse de la responsabilidad originada del contrato, la diligencia de haber tomado todas las medidas conducentes a la ejecución plena de la obligación de conducir sin daño alguno al pasajero, al lugar de su destino. La Sala ha revisado la construcción jurídica elaborada en aquellos fallos, con elementos dispersos de la ley positiva, por no contener ésta disposiciones especiales sobre dicha clase de transporte, y la considera ajustada al derecho, a la naturaleza peculiar de la navegación aérea y a la doctrina general sobre tan importante materia.

9.—Cumple ahora estudiar el cargo o los cargos formulados en esta parte del recurso, motivados por el concepto de la sentencia, de no haber demostrado la compañía de aviación la ausencia de culpa en el siniestro de que se trata.

A)

Error de derecho en la estimación del informe de la comisión oficial

10.—La parte recurrente acusa la sentencia, por haberle otorgado al referido informe un valor legal que no tiene, con la infracción de los artículos 1602, 1604, 1613, 1614, 1616 y 2072, por interpretación errónea y falta de aplicación, y 2341 y 2347, por aplicación indebida, todos del C. C.

En relación con la infracción-medio, el recurrente cita los artículos 593 y 632 del C. J. y 1758 del C. C., fuéra de las disposiciones del Título XVII del Libro 2º del C. J., a que se refiere en globo.

11.—La razón de la acusación, en síntesis, es esta: según el régimen probatorio vigente, el informe rendido por al Comisión nombrada por la Dirección de Aeronáutica Civil, carece de todo valor legal, ya que la ley 89 de 1938 no reviste los informes de tal especie, de ningún mérito en el terreno probatorio privado; ni se trata de un dictamen pericial, ni de una certificación de funcionario, dada en ejercicio de sus funciones.

Estudio del cargo

Se considera:

12—1º. El transporte de personas y de cosas, cuando se ejecuta por empresarios públicos, es un **servicio público.** El artículo 39 de la Carta dispone que "podrá la ley ordenar la revisión y la fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de transporte o conducciones y demás servicios públicos". No es óbice, para que el transporte tenga este carácter, que se preste por personas o empresas privadas, sin concesión de una entidad política. En otras legislaciones es requisito esencial del servicio público, que se atienda directamente por una persona jurídica de derecho público, o por concesión de ésta. En el derecho colombiano no se exige tal requisito, según lo tiene declarado la Corte, en sentencia de 24 de febrero de 1944 (LVII. 12), y lo reitera el Consejo de Estado en la de 28 de febrero de 1951 ("Anales del Consejo de Estado". LVIII, 76 y ss.).

2º—El transporte aéreo ejecutado por empresas organizadas, es igualmente un servicio público, como rama que es de los transportes en general, a los cuales atribuye la Carta ese carácter.

3º—La ley 89 de 1938, orgánica de la Aviación Civil, confirma y acentúa dicho carácter, en disposiciones tales como los artículos 23, 27, 66 y 69, que declaran de utilidad pública, la navegación aérea, sus servicios, instalaciones, aeródromos, etc.; el artículo 26, que faculta al Gobierno para prohibir las obras que puedan presentar peligro a las mismas actividades; el artículo 27, que ordena a los particulares facilitar la instalación y funcionamiento de los servicios relacionados con la navegación aérea; los artículos 40 y 44, según los cuales ninguna empresa de transporte por aire puede actuar sin la previa comprobación de su capacidad financiera, técnica y administrativa y de sus posibilidades en relación con la seguridad pública y los intereses económicos de la industria nacional del transporte aéreo; el artículo 23 que, de acuerdo con el artículo 39 de la Constitución Nacional y el 318 del C. de Co. Terrestre, somete la navegación aérea y los servicios relacionados con ella a la "suprema inspección y reglamentación del Gobierno"; el artículo 32, que declara al explotador de una aeronave, responsable al Gobierno y a los particulares, de las infracciones de las leyes u órdenes oficiales; el 37, con arreglo al cual en caso de hechos ejecutados en un avión, que den lugar a investigación, o de siniestro, el Gobierno debe nombrar comisiones que inquieran por las causas de los mismos, etc.

Según el artículo 84 quedó centralizada "la ejecución y aplicación de esta ley en un organismo especial, con personal técnico, que se deno-

minará Dirección General de Aeronáutica Civil, encargada exclusivamente de todo lo relacionado con los servicios de aeródromos y rutas aéreas, radioelectricidad, aerología, policía aérea nacional, supervigilancia del personal, material e instalaciones destinadas a la aeronáutica civil, así como de la navegación aérea, trabajos aéreos, sanidad y administración aeronáutica de la aeronáutica civil".

4º—Se sigue de lo anterior:

a) El transporte aéreo organizado, es un servicio público, aun cuando no sea prestado por ninguna persona de derecho público, ni por concesión o delegación de una entidad pública, y está, por tanto, sujeto a la reglamentación, la inspección y la vigilancia del Estado, funciones éstas que habrán de cumplirse en armonía con las peculiaridades de la navegación aérea.

b) Tales reglamentación, inspección y vigilancia comprenden: lo relacionado con los servicios de los aeródromos, rutas aéreas, radioelectricidad, aerología y policía aérea nacional; el personal, el material y las instalaciones destinadas a la aeronáutica civil; y en general, la navegación aérea, los trabajos referentes a ella, la sanidad y administración de la aeronáutica civil.

c) Las expresadas funciones le están atribuídas a un organismo integrado con personal técnico, denominado Dirección General de Aeronáutica Civil, el cual funcionó, primero, como dependencia del Ministerio de Guerra, y funciona hoy como departamento o sección del Ministerio de Obras Públicas.

d) Una de tales funciones es la de nombrar las Comisiones técnicas de que habla el artículo 37 de la ley 89, a fin de que en las investigaciones a que haya lugar según los artículos 35 y 36, determinen las causas de los accidentes y demás hechos objeto de su labor; y tanto esta función, como la que corresponde a las comisiones, tienen su fundamento en la expresada potestad de supervigilancia y control, a la cual responde el deber de apuntar las causas de los siniestros, señalando, si hubiere lugar, las fallas de carácter técnico, en el material o en los empleados, para lo cual cuenta con personal especializado que, por encima de los intereses privados de empresas y particulares, ofrece el mayor coeficiente de idoneidad técnica y moral.

5º—Siendo oficial la función de designar las comisiones, oficial el personal técnico con que se integran y oficial también la función que se les atribuye, sus informes, en cuanto registran hechos o certifican el funcionamiento regular o irregular de instalaciones, equipos o servicios, tienen, fuéra de un alcance netamente administrativo, dirigido a saber si las empresas cumplen los reglamentos oficiales, un mérito legal dentro de los procesos civiles y penales, de acuerdo con los artículos 632 y 251 de los Códigos de Procedimiento Civil y Penal, respectivamente, y 37 y demás preceptos de dicha ley 89 concernientes a las comisiones en referencia.

6º—La Corte ha dicho:

"Cuando en la creación del documento interviene un funcionario público ejercitando un acto que le está atribuído por ley o reglamento, el documento adquiere la categoría de público, no importa que esté destinado a dar fe de un contrato entre la administración y un particular". (Auto, Sala de Negocios Generales, 23 de octubre de 1940. L. 591; casación, 2 abril de 1941. LI. 889).

"Los informes administrativos son medios de prueba que se asemejan a instrumentos públicos cuando provienen de funcionarios competentes en el ejercicio de sus funciones. Hacen fe en cuanto a los hechos ejecutados por ellos mismos y sobre los que en esas circunstancias se hayan realizado en su presencia y puedan verificarse por los sentidos". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, 13 septiembre de 1947. LXII. 892).

La Corte ha dado cabida en los procesos sobre responsabilidad civil, a los informes de estas comisiones, como aparece de casación de 29 de noviembre de 1946 (LXI. 661), caso en el cual actor y reo apoyáronse en el rendido entonces; de sentencia de la Sala de Negocios Generales, fechada el 13 de septiembre de 1948 (LXIV. 631), según la cual "se deduce de la parte transcrita del informe rendido por la Comisión Investigadora que el siniestro se produjo por la falta de gasolina", y con base, principalmente, en dicho informe, condenó a la Nación a pagar el daño; de la sentencia de la misma Sala, de 15 de julio de 1949 (LXVI. 529) apoyada igualmente en el informe de la Comisión, del cual afirma que "se acepta como prueba en atención a lo dispuesto en el artículo 632 del C. J."; y de la sentencia de 31 de agosto del mismo año de la Sala mencionada que dice: "Esa declaración conteste de los miembros de la oficina de aviación en que ratifican sus exposiciones técnicas y los conceptos que emitieron con apoyo en la observación directa de los elementos que integran la Base, dejan establecido sin lugar a duda, que hubo imprevisión por parte de la entidad directora y organi-

zadora de la aviación militar. Pretendía mantener el servicio con elementos naturalmente desgastados y que por lo mismo podrían fallar en un momento dado. Eso sí era previsible, como era previsible que las condiciones para todo mundo palpables en que mantenía la pista, habían de producir en cualquier día un siniestro, si era que antes no se había presentado".

Dada la crítica severa que el recurrente formula a la admisión del informe en el fallo de instancia, como si no existieran estos antecedentes, y siendo así que es la primera vez que se plantea en casación el valor de los informes dichos, la Sala agrega a las razones anteriores, lo siguiente:

13.—Fuéra del apoyo que los artículos 632 del C. J., 251 del C. de P. P. y los citados de la ley 89 de 1938 prestan a la aceptación de los expresados informes, la respaldan también factores de importancia que no pueden pasar inadvertidos en la misión interpretativa de la ley y actúan por igual en favor y en contra de transportadores y particulares, tales como la rapidez con que obran las comisiones, a raíz de los siniestros, por lo mismo sobre los hechos palpitantes, que escapan a la inspección ocular judicial, practicada de ordinario tardíamente: las dificultades para comprobar pasado el tiempo el funcionamiento de una instalación o de un servicio, y la circunstancia de que en tratándose de un servicio público, cuya reglamentación, inspección y vigilancia incumbe a la Administración, es razonable y equitativo que el Estado coopere en el esclarecimiento de los hechos, a fin de saber si el servicio se prestó en las debidas condiciones.

14.—Por tanto, la Corte reitera la doctrina consistente en aceptar dichos informes, así: primero, limitando su ámbito a las observaciones relacionadas con el personal y funcionamiento de los equipos e instalaciones o de sus diferentes servicios, ya que no se trata de un dictamen pericial producido en la forma ordinaria; segundo, con un valor demostrativo de haber cumplido o no el transportador la obligación de prudencia y diligencia, valor que las partes pueden sustentar o desvirtuar por los medios legales y que al Juez corresponde fijar de manera definitiva.

Conviene precisar esta doctrina. En tratándose del transporte aéreo, el conductor se exonera de responsabilidad probada la ausencia de culpa, o sea, el cumplimiento cabal de la expresada obligación de prudencia y cuidado. Lo cual comprende la demostración de haber tomado todas las medidas y precauciones para que el siniestro no hubiese acaecido.

Es elemental que si al Estado concierne la reglamentación, la inspección y la vigilancia del servicio público aéreo, tenga la potestad de averiguar las causas de los accidentes, tarea en la cual ha de poder decir si personal, máquinas, equipos e instalaciones y el servicio mismo, han funcionado correcta o incorrectamente, registrando en este caso los vacíos o deficiencias observados, teniendo presentes la reglamentación oficial de la navegación y del transporte aéreos y demás actos o resoluciones de la Administración que rijan las actividades de la respectiva empresa. Esta labor la realiza el Estado por medio de las comisiones de expertos que nombra la Dirección General de Aeronáutica Civil.

Ahora bien: si las empresas tienen el deber legal de prudencia y diligencia, y si el cumplimiento de este deber está bajo la vigilancia y control del Estado, es apenas lógico que las deficiencias o vacíos que anoten las comisiones, como contrarios que son a la justa ejecución de ese deber, sean otros tantos puntos a que específicamente debe referirse el empeño liberatorio del transportador, eliminando así la culpa en relación con cada uno de esos puntos. La víctima no está comprometida a establecer la culpabilidad de la empresa; es ésta quien debe probar su inculpabilidad acreditando su diligente y prudente proceder integral, pero sin dejar de referirse particularmente a las fallas registradas por la comisión, pretextando haber sido observadas por ésta y no haberlas probado el damnificado. Porque, por una parte, es el conductor quien debe comprobar su propia diligencia y no el damnificado la falta de diligencia en el conductor; y por otra, el Estado —se repite— ha de tener ese mínimo de participación (el señalamiento de las fallas o deficiencias) en tratándose de un servicio público de tanta monta como es el de transporte aéreo, puesto bajo su control, al cual no puede ser ajeno nada de lo que concierna a ese deber legal de diligencia que sintetiza justamente la responsabilidad del transportador.

15.—No se trata, en consecuencia, de un régimen de excepción al derecho común sobre pruebas, en cuya defensa logra la exposición del recurrente su mayor brillo, sino de una aplicación peculiar de los preceptos antes citados, a la materia del transporte aéreo, dentro de los límites antedichos. Ni se trata tampoco del dictamen pericial, reglamentado en el capítulo VIII, título

XVII, del Libro 2º del C. de P. C. Se trata simplemente de informes emitidos por expertos oficiales, dados en ejercicio de una función pública. Es verdad que los informes de que se trata se producen inicialmente al margen de toda controversia; mas, reducida, por una parte, su órbita, según queda expresado, y siendo controvertibles, en todo caso, al ser aducidos en el proceso civil, no es de monta la objeción formulada a este respecto.

16.—Los demandantes Hernández Duplat han ejercido la acción como causahabientes de la víctima inicial, esto es con apoyo en un contrato incumplido por parte de la empresa. Por ello les basta probar la inejecución del contrato. Al transportador corresponde demostrar que en la inejecución no tiene culpa. Esta prueba no es del caso fortuito, ni de la fuerza mayor, ni de un factor extraño. Es simplemente, la de la ausencia de culpa, la de haber tomado las precauciones profesionalmente necesarias para que el accidente no se produjera.

La apreciación del Tribunal al negar que las hubiese tomado todas, con apoyo en el informe de la comisión oficial, no puede tildarse de yerro jurídico, porque esta pieza tiene un valor legal, según los citados preceptos. Tal informe señaló unas fallas y la empresa no demostró que no ocurrieron, y por tanto, tal apreciación no pugna a la evidencia.

La Sala agrega:

Es verdad que el fallo se apoya directamente en el informe de la comisión, al cual le dá mérito de prueba plena, sin decir, por lo demás, por qué. Mas, como se ha visto, no es propiamente el informe la prueba de la culpa, que no tiene por qué aducirla la víctima y menos aún el Estado, sino la falta de prueba de haber velado el transportador diligentemente por la vida de los pasajeros, en relación con los servicios a que las fallas corresponden. Si hubiese demostrado que el servicio de radiotelefonía se había prestado eficientemente, habría quedado demostrada la ausencia de culpa.

B)

Error de hecho en la estimación del informe de la comisión oficial

17.—Acusa el recurrente la apreciación de la sentencia, de error de hecho, por cuanto el informe no contiene la demostración de que la empresa no cumplió sus compromisos, con el quebranto consiguiente de los mismos textos legales.

18.—Dice el fallo:

"En efecto, entre las pruebas demostrativas de la culpa de la Empresa en el accidente aéreo ocurrido el 27 de febrero de 1940 figura el informe rendido por la comisión investigadora designada por el Ministerio de Guerra para averiguar las causas del accidente del avión C-140 'Gonzalo Jiménez de Quesada'. En aquel informe hace la comisión afirmaciones que comprometen sobremanera la responsabilidad de la Empresa demandada en el siniestro de 'El Mortiño'. La comisión hace ver que la estación de Radiotelegrafía de Bucaramanga no funcionaba bien y esto impidió que el piloto del 'Gonzalo Jiménez de Quesada' hubiera recibido, al momento de iniciar el vuelo, informes del mal tiempo que reinaba en aquella ciudad. Algo más, el reporte de tiempo que fue entregado al piloto, afirma también la comisión, no correspondía al estado del tiempo existente en Bucaramanga a las 7 a. m., esto es, aquel reporte no contenía la frase: 'Pase aviso tiempo cerrándose espere nuevo reporte tiempo'. Dice también la comisión que el radiograma número 161 de las 7 y media de la mañana dirigido a la Capitanía de Bogotá informando WGO en Bucaramanga no fue conocido por el Capitán Fernández.

"Permite el informe de la comisión de que se viene haciendo mérito deducir que el mal estado de los aparatos de radiotransmisión de la Estación de Bucaramanga impidió que el piloto de la nave C-140 'Gonzalo Jiménez de Quesada' recibiera oportunamente informes exactos acerca del mal estado del tiempo reinante en aquella ciudad y esta deficiencia u omisión hay que cargársela a la Empresa, porque de ella eran los aparatos destinados al servicio del transporte y porque de ella era el velar por la calidad de dichos aparatos y por el buen funcionamiento de ellos para los fines de orientar a los aviones en sus vuelos ordinarios, sin que para aquella labor hubiera ella desarrollado el celo y cuidado que le eran propios".

19.—Se trata de saber si el Tribunal cometió error de hecho al hallar en el informe la demostración de que el transportador no acreditó la ausencia de culpa.

20.—El informe fue rendido el 4 de marzo de 1940, pocos días después de acaecida la tragedia. La investigación comenzó el 29 de febrero. Lo primero que hizo la comisión, en asocio de los

señores Tomás Borrero, apoderado de la Scadta, Guillermo Shmurbush, consejero técnico, Hans Asendrf, técnico de Radio y Raúl Schultz, técnico de láminas, empleados de la empresa, fue visitar la estación de radio que la Scadta tenía instalada en el aeródromo de Bucaramanga, a cargo, el día 27 de febrero, de los señores Alberto de Greiff y Humberto López. Después, el lugar del siniestro, y al día siguiente, de nuevo la dicha estación de radio. Luégo de efectuar otras diligencias regresó a Bogotá, en donde visitó la estación de Techo, a cargo de Johannes Ahlers, como jefe, y Alfonso Umaña Duque, como operador con Bucaramanga en la fecha del accidente. La comisión recogió durante estas visitas la información y los datos pertinentes.

21.—En relación con las condiciones técnicas de la aeronave y con el personal que la comandó o prestó servicio en ella, no hay dato que permita dudar de que la empresa cumplió sus obligaciones de transportador.

22. — Respecto de los equipos de radio y del personal al cuidado de ellos, no pasa lo mismo. En efecto, del informe se desprenden los siguientes hechos:

a) A las 7 y 30 a. m. del 27 de febrero la estación de radio de Bucaramanga dio a Techo este informe: "WEA totalmente cubierto, montañas invisibles, tendencia insegura 3 kilómetros visibilidad al sur". De Greiff afirma que este mensaje agregaba: "Tiempo cerrándose espere nuevo reporte tiempo"; en cambio, Umaña Duque, operador en Techo, niega que el "reporte" tuviese esta última frase.

b) El operador de Bucaramanga afirma haber pasado inmediatamente después de dicho informe, el radio 161, indicando Q G O en Bucaramanga, esto es, que no se podía aterrizar en el aeródromo de esa ciudad, y agrega que Techo le dio el O. K. a este comunicado; al paso que el operador de Techo niega haberlo recibido y de consiguiente también el O. K.

c) El capitán Flesh, de este campo, pasó al piloto de la aeronave, el informe sobre el tiempo, que no contenía la frase: "tiempo cerrándose espere nuevo reporte tiempo", de modo que el avión partió a las 7 y 47 minutos.

d) Al propio tiempo Bucaramanga comunicaba a las 7 y 59, a la Dirección de Operaciones de Barranquilla que desde las 7 a. m. había en Bucaramanga condiciones QGO (de no poder aterrizar), lo cual concuerda con el comunicado que dice el operador de Bucaramanga pasó a Techo, a las 7 y 50, apuntando las mismas condiciones QGO.

e) A las 7 y 50 Techo comunicó a Bucaramanga la partida del avión, y a las 7 y 55 el avión la confirmó en comunicado para Techo, que también fue captado en Bucaramanga.

f) Según el operador de esta ciudad, inmediatamente que recibió el comunicado de Techo, de las 7 y 50, sobre partida de la nave, el mismo operador dispuso que el ayudante López dijera a Techo que el avión no debía salir porque el tiempo empeoraba momento por momento, y que de Techo le contestaron que no podían ordenarlo así, porque el piloto "era un señor muy rabioso". Umaña Duque niega a su turno haber recibido el comunicado de Bucaramanga.

g) A las 8 y 25 Techo avisó a Bucaramanga que el avión estaba llamando a Bucaramanga en 175 metros. El operador de estación dio el O. K. a este comunicado. El señor de Greiff dice que su equipo no se comunicó con el avión, sino a las 8 y 50, esto es, veinticinco minutos después del aviso de Bogotá. A las 8 y 50 el piloto pidió el rumbo magnético (QDM) y a las 8 y 53 Bucaramanga le dio el de 12 grados dudosos.

h) A las 8 y 55 preguntó el avión si estaba sobre el aeródromo (QFG), y le respondió Bucaramanga: "no espere". El operador de Greiff dice que el avión no dio el O. K. a este comunicado. El siniestro ocurrió a las 8 y 57.

i) A las 8 y 25 dejó de funcionar el equipo principal de radiocomunicaciones de la estación de Bucaramanga, motivo por el cual el operador echó mano del equipo de emergencia, que no funcionaba en la misma frecuencia de aquél, pues había una disparidad de 8 a 10 kilociclos. Además, dicho equipo subsidiario no contaba con acumuladores en buen estado, ya que la estación de Bucaramanga pidió unos a Bogotá, al avisar por conducto de Radio Nacional, a Techo, el empleo del mismo equipo.

23.—De estos hechos se infiere lo siguiente:

1º—Que hay manifiesta oposición entre lo que afirman los radio-operadores de las estaciones de Bucaramanga y Techo, acerca del contenido y aún de la existencia de unos mensajes, hasta el punto de que según los de la primera, se requería nuevo aviso para que el avión pudiese partir, mientras que de acuerdo con los de la segunda, sí podía viajar. Tales actividades contradictorias revelan fallas graves en los equipos de transmisión o de recepción, o en el personal a cuyo cuidado estaban, en lo tocante a asunto tan

delicado como el estado del tiempo, con la consiguiente indicación o contraindicación de iniciar el vuelo, siendo así que el siniestro se produjo precisamente por mal tiempo, esto es, invisibilidad total sobre la ciudad de Bucaramanga, el aeródromo y las montañas circunvecinas.

2º—Que habiendo comunicado Bucaramanga a la Dirección de Operaciones de Barranquilla la situación QGO (no puede aterrizar), existente en aquella ciudad desde las 7 a. m. es lógico presumir que también dirigió igual información a Techo, como afirma haberlo hecho el radio-operador de Bucaramanga, por medio del mensaje 161. De esta suerte, si no fue recibido, debióse a defecto de transmisión o de recepción. Y si no fue transmitido, no se explica que lo hubiese sido a Barranquilla y no a Techo, sino por un descuido del operador. Lo cual acusa una falta de diligencia en el agotamiento de las precauciones para evitar un accidente que se debió a la invisibilidad reinante en el campo de atérrizaje y sus contornos.

3º—Que la disparidad de frecuencia entre los dos equipos principal y de emergencia, de la estación de Bucaramanga, no se explica sino por grave descuido, ya que llamados ambos a actuar con el avión C-140, ambos debían funcionar en una misma longitud de onda, de tal modo que el subsidiario entró a actuar a las 8 y 45, cuando había dejado de funcionar el principal, en una frecuencia distinta a la del equipo de la aeronave, fuéra del mal estado de los acumuladores de dicho equipo sustituto, con la consecuencia necesaria de un servicio por lo menos deficiente.

Dice el informe:

"Comprobado esto (la diferencia de frecuencia entre los equipos de la estación de Bucaramanga), el señor Asendorf, técnico de Radio de la Scadta, se mostró extrañado de que el jefe de la estación señor de Greiff no hubiera informado oportunamente a la Sección Técnica, de esta diferencia que tiene una importancia capital, pues el operador del avión que conoce la longitud de onda de la estación con la cual está trabajando, entiende naturalmente que si alguno de los transmisores queda fuéra de servicio, el que lo sustituye trabaja en la misma frecuencia. En el caso de Bucaramanga, el de emergencia no estaba en longitud de 43 metros en que trabajaba el transmisor principal".

4º—Techo avisó a la estación de Bucaramanga, a las 8 y 25, que el avión estaba llamándola; mas, como a esta hora sufrió el equipo principal de Bucaramanga un daño que lo incapacitó para continuar funcionando, sólo a las 8 y 50 pudo el avión ponerse en contacto con Bucaramanga, para pedir el rumbo magnético (QDM), y a las 8 y 55, para saber si estaba sobre el aeródromo (QFG), habiendo Bucaramanga dado el rumbo y negado que la nave estuviese QFG; de lo cual resulta que entre el aeroplano y Bucaramanga no hubo comunicación durante veinticinco minutos (entre las 8 y 25, hora del daño y las 8 y 50), y que Bucaramanga se abstuvo en estas ocasiones, inexplicablemente, de hacer saber a la aeronave, el QGO ((usted no puede aterrizar), como tuvo que abstenerse de hacerlo durante dichos veinticinco minutos, por falta de equipo en funcionamiento, siendo así que, si había sido comunicado antes el QGO a Barranquilla y quizá también a Techo. La falta de contacto entre el C-140 y el aródromo de Bucaramanga durante tan largo tiempo y la circunstancia de no haber aprovechado aquellas oportunidades para transmitirle al avión la señal QGO, dejan un vacío grave, en lo que atañe a al diligencia y previsión que debió poner en juego la empresa, dadas las condiciones de densa invisibilidad.

24.—Se comprende que no habiendo el transportador probado su diligencia en relación con estas fallas, llegase el Tribunal al convencimiento de que la empresa no probó la ausencia de culpa en el transporte del doctor Hernández Bustos. La apreciación del informe, por el aspecto de las deficiencias que anota, no puede atacarse por error de hecho, porque no pugna a la evidencia considerar que las fallas —contra la presencia de las cuales nada probó la empresa —sean compatibles con la ausencia de culpa.

C)

Error de hecho en la estimación de varios documentos tendientes a demostrar la ausencia de culpa

25. — Los documentos que cita el recurrente como no apreciados en la sentencia, se refieren a las condiciones de la aeronave, de los motores, equipos, de su preparación y acondicionamiento para el vuelo, de su piloto, por todos conceptos digno de la confianza en él depositada, etc., materia ésta respecto de la cual la compañía demostró la mayor diligencia. Pero, tales documentos de nada sirven para establecer el cumplimiento total de la obligación de seguridad, en rela-

ción con las fallas anotadas.

No es procedente, en consecuencia, el cargo tercero.

IV. — Cargo cuarto

26.—Consiste en la infracción directa de los artículos 66, 1613, 1614, 1615, 1616 y 1757, por errónea interpretación, y los artículos 2341 y 2347, por indebida aplicación, todos del C. C., 470, 471, 472, 480, 481 y 553 del C. J. y 95 del C. P., por cuanto condenó a la Avianca a indemnizar perjuicios cuya existencia no se ha probado en el juicio en la forma de daño concreto y cierto que requiere la ley".

27.—El fallo dice así:

"Comprobada como resulta, pues, la responsabilidad civil de la Empresa demandada, la condena al pago de los perjuicios morales y materiales viene como consecuencia inevitable, pero esa condena debe hacerse en abstracto, para que posteriormente el valor de ellos sea fijado por peritos y pagados a los reclamantes.

"Cabe advertir que tanto los perjuicios morales como los materiales resultan ciertos de las pruebas que se trajeron a los autos. El doctor Hernández Bustos era persona realmente joven, y además, un abogado distinguido que ejercía la profesión con éxito. Era además dicho doctor padre de familia. El señor Miguel Calle era un joven trabajador y Ricardo M. Lecuona y Edith M. de Lecuona prestaban ayuda económica a los reclamantes".

28.—De consiguiente, según la sentencia "tanto los perjuicios morales como los materiales resultan ciertos de las pruebas que se trajeron a los autos", lo cual significa que fueron aducidas unas pruebas con el objeto de acreditar los perjuicios, pruebas que de acuerdo con la sentencia, establecen el daño cierto.

El recurrente afirma que el fallo "condenó a la Avianca a indemnizar perjuicios cuya existencia no se ha probado en el juicio en la forma de daño concreto y cierto que requiere la ley".

Así, pues, mientras la sentencia dice que existe la prueba del daño cierto, el recurrente alega que no existe esa prueba, lo cual sitúa la acusación, no en el campo de la violación directa de la ley, sino en el de la violación indirecta, a través de errores en la apreciación de las pruebas, precisamente como se formula el cargo siguiente.

Razón por la cual no procede el cuarto.

V.— Cargo quinto

29.—Consistente en la violación indirecta de los mismos preceptos legales citados como infringidos en el cargo anterior, especialmente los artículos 2341 y 2347 del C. C., debido a errores de hecho en que incurre el fallo en la apreciación de las pruebas.

La sentencia, al tratar del daño, en lo que concierne a la acción de los Hernández Duplat, lo hace partiendo de la base de una responsabilidad contractual. El recurrente acepta tal ubicación de la acción incoada. La sentencia dice que el perjuicio cierto está probado; lo cual se entiende respecto de la acción promovida y no de la no promovida, del daño irrogado al pasajero a causa de la infracción del contrato, y no del perjuicio individual causado a cada uno de los actores, por la culpa delictual de la empresa. La acción ejercida es la indirecta, originada del incumplimiento de la relación contractual y recibida del causante, víctima inicial del accidente. Si hubiesen ejercido la relativa a la responsabilidad aquiliana, se habrían visto forzados a crear la prueba del daño personal, prueba que la acusación echa de menos, precisamente por el desplazamiento de la acción introducida, del plano contractual, donde se originó, al plano delictual, que le es ajeno.

El cargo se divide en tres partes:

"A) **Error de hecho** en que incurrió el Tribunal al considerar y estimar 'las partidas de enterramiento de las víctimas' y las meras referencias sin relación a pruebas determinadas sobre circunstancias de que 'el doctor B. H. B. era persona realmente joven, y además, un abogado distinguido que ejercía la profesión con éxito. Y era además dicho doctor, padre de familia, como la prueba suficiente de los pretendidos daños causados a los demandantes por el accidente de El Mortiño. La partida de defunción es visible a f. 3 del c. 1 principal del juicio, y lo otro son meras frases de la sentencia legibles al f. 61 del mismo cuaderno.

"Vinculándose los pretendidos perjuicios de los actores al hecho de la extinción de la vida de B. H. B. no es posible, probatoriamente hablando, sin incurrir en manifiesto error de hecho, pretender que se demuestran con sólo decir en la sentencia que el muerto era joven, abogado en ejercicio y padre de familia sin hacer referencia a ninguna prueba sobre estas circunstancias, porque aun aceptando la verdad de tales ca-

lidades, ellas no son lógicamente la fuente y causa necesaria de ningún daño, que desde luego no puede consistir en el mero hecho de la pérdida de esa vida excelsa, sino en la alteración o ruptura de condiciones o relaciones causadas por ella respecto de las personas de los demandantes, traducibles probatoriamente en detrimento patrimonial. Y sobre estos respectos o lazos de causalidad que vinculen esa muerte con la vida de los actores en el campo económico, la sentencia es completamente muda.

"B) **Error de hecho manifiesto.**—En la apreciación de las declaraciones testimoniales, certificaciones auténticas, copias de actos de posesión, decretos de nombramientos y de honores, etc., que forman los folios del cuaderno número 2 de pruebas de los demandantes en primera instancia, sobre buena salud de que generalmente gozó el doctor B. H. B., los altos cargos públicos que desempeñó con honor y eficacia y el dolor que causó su trágica muerte, por cuanto tuvo la demostración de estos hechos sin cita de las pruebas demostrativas de ellos como la demostración legal de los perjuicios materiales sufridos por los demandantes.

"Innúmeras veces ha explicado la Corte, acogiendo la doctrina universal de los maestros de derecho civil, que cuando se trata de indemnizar perjuicios que se dicen causados por la muerte de una persona, el mecanismo de su prueba no se puede reducir en manera alguna a la demostración de las capacidades y méritos del difunto sino que ha de hacerse consistir en la comprobación evidente de los detrimentos patrimoniales que ciertamente por causa directa de esa muerte ha sufrido el demandante de la indemnización. En derecho civil no se la muerte misma, así sea pérdida irreparable para la patria y causa de irremediable dolor como fue la de B. H. B., la fuente de la obligación indemnizatoria, sino sus proyecciones y consecuencias económicas sobre una o más vidas por consecuencia de la cesación de una utilidad actual en el momento en que ocurra".

"C) **Error de hecho** manifiesto en que incurrió el Tribunal al no apreciar o tener en cuenta los siguientes documentos: 1. Las certificaciones y copias visibles al fl. 12 y 16 del cuad. 2. Pruebas del actor en primera instancia de los que resulta que los demandantes cobraron y recibieron de las Cías. Pan American Life Insurance Company y Confederation Lige Association el valor de los seguros de vida hechos por B. H. B. en beneficio de sus tres hijos, los demandantes. 3. Las escrituras números 344 y 210 de la Notaría 1ª de Cúcuta, contentivas de las hijuelas de adjudicación hechas a los tres demandantes en los juicios sucesorios de su madre y de su padre (fs. 70 y 76, cuaderno número 5) —pruebas del demandado, primera instancia; y 4. El dictamen pericial producido para avaluar los perjuicios materiales sufridos por los demandantes y consistentes en el apoyo económico de que dejaron de gozar por la muerte de su padre (fl. 200, c. número 1, pruebas del demandado en segunda instancia)".

Dos cuestiones plantea este cargo, una relativa al perjuicio, contemplado en su entidad jurídica específica, como efecto de una determinada acción; y otra, referente a las pruebas producidas para demostrar el perjuicio, en relación con esa entidad jurídica específica.

1ª cuestión

30.—El cargo, en sus tres partes, se apoya en la tesis de que la existencia del perjuicio depende de la afectación económica que hubiese sufrido directamente cada uno de los hijos del doctor Hernández Bustos, y aplicando dicha tesis alega los errores de hecho, porque las pruebas se refieren, no al daño individual de los demantes, como efecto de una culpa delictual —que los actores no invocaron— sino al daño causado por la violación del contrato, por una culpa contractual, que ellos sí invocaron.

La tesis acusa una manifiesta confusión entre la acción nacida del contrato de transporte, por culpa contractual, a favor del pasajero y transmitida a sus sucesores, y la acción originada del mismo, considerado, no como infracción de un contrato, sino como culpa delictual, a favor de quien haya sufrido el daño, sea o no causahabiente de la víctima inicial.

Un mismo hecho puede proyectarse, en un primer plano, sobre las relaciones contractuales existentes entre el autor y la víctima, por significar incumplimiento de obligaciones; y en un segundo plano, sobre quienes, sin vínculo contractual con el autor, golpea ese hecho irrogándoles perjuicio. Por esto, un mismo acto puede generar acciones tanto en el campo de la responsabilidad contractual, como en el de la responsabilidad extracontractual o aquiliana. (H. y L. Mazeaud, "Traité Theorique et Practique Délic-

tuel et Contractuelle de la Responsabilité Civile", 3ª ed. to. 1º no. 141; René Savatier. "Traité de Responsabilité Civile en Droit Francais", 2ª ed. to. 1º no. 140 y 142).

Esas acciones así originadas en campos distintos, están individualizadas por caracteres propios y por un crecido número de consecuencias diversas. La doctrina general tiene anotados tanto los caracteres como las consecuencias. (V. H. y L. Mazeaud, ob. cit. to. 2º no 1901 y ss.; René Savatier, ob cit. to. 1º nos. 111 y ss.; Josserand, "Cours de Droit Civil Positiv Francais", 10ª ed. tomo 2º n. 481); y la jurisprudencia de la Corte también los ha señalado, de manera especial en casación de 23 de abril de 1954 (LXXVII, 412), reproducida en casación de 23 de noviembre del mismo año (LXXIX, 666).

31.—Es obvio que al acción nacida del contrato no puede ser ejercida sino por los contratantes o sus causahabientes; los demás perjudicados pueden, en cambio, protegerse con la acción originada en este mismo hecho, mirado, no a través de un vínculo convencional, que no toca con ellos, sino de una relación ocasional ilícita.

Como los causahabientes pueden haber sufrido daño directo, tienen acción personal autónoma, para demandar por él, de manera que puede ocurrir que tengan las dos acciones. Según doctrina que ha venido abriéndose paso en un agitado y aún no clausurado debate, el sucesor universal del pasajero muerto en accidente, puede elegir entre la acción nacida del contrato, por la culpa contractual —acción heredada—, y la originada del mismo hecho, visto aisladamente, sin conexión con el contrato, como simple culpa delictual, acción no heredada. Este derecho de opción beneficia notoriamente al causahabiente, porque le permite escoger la acción que le sea más útil, con base en las diferencias entre una y otra. La jurisprudencia nacional autoriza al heredero, para ejercer una u otra acción, según sus conveniencias y posibilidades legales, pero no para hacerse indemnizar dobiemente, acumulándolas. (V. sentencias de julio 31 de 1940. XLIX, 625; marzo 18 de 1942, LIII, 248; junio 24 de 1942, LIII, 658; mayo 15 de 1946, LX, 436; agosto 12 de 1948, LXIV, 697; diciembre 1º de 1948, LXVII, 454; febrero 1º de 1951, LXIX, 33; abril 23 de 1954, LXXVII, 411; y noviembre 23 de 1954, LXXIX, 666).

32.—Es punto admitido por la Corte el de la transmisibilidad de la acción de perjuicios, por incumplimiento por parte del conductor, del contrato de transporte, aun en caso de fallecimiento instantáneo del pasajero, de acuerdo con las normas generales que gobiernan la transmisión del patrimonio, por causa de muerte, y la particular del artículo 2077 del C. C., según la cual la muerte del acarreador o del pasajero no pone fin al contrato y las respectivas obligaciones pasan a los herederos de los mismos. (V. casación de 12 de marzo de 1937, XLV, 366; sentencia de la Sala de Negocios Generales, de 15 de julio de 1949, LXVI, 525; casación de 30 de marzo de 1951, LXIX, 381, y de manera especial casación de 26 de agosto de 1946, LVI, 78, en la cual se exponen detenidamente los fundamentos de la transmisibilidad en el caso expresado del transporte). La Corte dijo en este último fallo:

"Pero, cuando la relación jurídica es la preexistente, los herederos de la víctima quedan colocados en la posición de ésta, respecto de los derechos y obligaciones emanados del pacto, por la razón ya expresada o sea que al celebrarse un contrato entran al patrimonio de los contratantes los derechos y acciones que emanan de aquél, derechos patrimoniales que se radican en sus sucesores. Entonces la acción pertinente de los herederos, en caso de siniestro, es la emanada del contrato que celebró su causante, y como las acciones derivadas de aquél, del contrato, habían entrado al patrimonio de éste, del causante, desde que se celebró el contrato, los demandantes demandan como herederos y para la sucesión de la víctima.

"Y lo anterior es por activa y por pasiva, por que si en un contrato de transporte, v. gr. fallece el pasajero a consecuencia de la mala calidad del vehículo, los herederos de aquél tienen acción para reclamar perjuicios contra el transportador, por incumplimiento del contrato, como éste tendría derecho a reclamarlos contra los herederos de un pasajero que causara daños al vehículo o que de otra manera incumpliera el contrato.

"No encuentra la Sala que se hayan violado los artículos citados por el recurrente en el cargo que se estudia, por lo que sigue: si es cierto que la existencia de la persona termina con la muerte, ello no significa que ésta sea uno de los modos de extinguir los derechos y obligaciones de quien fallece. Imposible sostener semejante tesis; todo lo contrario, la personalidad del difunto, del que fue, porque esa es la acepción filológica de dicho vocablo, trasciende en los derechos y obligaciones transmisibles de aquél a

sus sucesores. De ahí los principios que consagran los artículos 1008 y 1155, que corroboran lo anterior, y que señalados como violados por el fallo recurrido, no lo fueron; todo lo contrario, tales principios tuvieron operancia en la sentencia".

33.—Siendo transmisible, la acción de perjuicios nacida del contrato, por una parte, y teniendo el causahabiente la facultad de elegir entre dicha acción y la acción personal, por otra, el heredero está en la imposibilidad de demandar los perjuicios correspondientes a una o a otra acción, esto es, perjuicios distintos por su entidad jurídica específica. Distintos por el **origen** de los mismos, ya que en un caso nacen de la culpa contractual, y en el otro, del hecho ilícito; por la **causa** que los produce, que en el **primer caso** es la inejecución de la prestación convencional determinada, al paso que en el segundo es la inobservancia de una regla genérica de buen obrar; por el **objeto** que persigue su reconocimiento: restablecer, en un caso, el equilibrio entre los intereses preconstituídos, concretos y cabales vinculados al contrato, y en el otro, reparar el quebranto causado al interés personal, solitario y autónomo de la víctima; por el **sujeto que puede** exigirlos, que en aquél es el contratante agraviado por el incumplimiento de la obligación estipulada, y en éste, cualesquiera personas afectadas por la conducta del autor; por **la prueba del hecho** que los genera, que en la responsabilidad contractual se logra con la prueba del contrato, en tanto que en la aquiliana se ha de demostrar, presuntiva o directamente; por la **extensión** de los mismos perjuicios, pues en un caso no comprenden sino los previsibles, salvo la mala fe del infractor, en tanto que en el otro comprenden tanto los previsibles como los imprevisibles; por el **patrimonio** que afectan, que es el de la víctima inicial, por sí o representada por sus sucesores, en la responsabilidad contractual, o el propio y exclusivo de los damnificados, en la aquiliana; por **peculiaridades** tales como la compensación de culpas, que en la responsabilidad extracontractual puede reducir o anular la pretensión de reparación, mientras que en la contractual no actúa; como los lapsos de la prescripción extintiva, muy diferentes y en uno y otro caso, etc., etc.

34.—Estas diferencias y otras más, especifican e individualizan los perjuicios, de manera que no puede haber confusión y menos aún identidad entre una y otra especie. No es óbice a esta especificación e individualización, la circunstancia de tratarse de un mismo hecho, objetivamente considerado, ni tampoco el que las dos acciones concurran en un mismo sujeto con facultad de elegir, porque no se identifica al heredero, continuador de la persona del **de cujus**, partícipe en la universalidad herencial y cuya legitimación en causa le viene de su interés en la herencia, con el sujeto individual e independiente, que obra por sí y para sí y cuya legitimación en causa radica en su interés exclusivo lesionado.

35.—En relación con el mismo punto del perjuicio específico, dicen las citadas casaciones de 23 de abril y 23 de noviembre de 1954:

"Cuando el demandante obra como sucesor del pasajero fallecido, ejercita la acción por responsabilidad contractual. Tendrá que acreditar su condición de heredero ab-intestato o testamentario. Le bastará demostrar la existencia del contrato de transporte y el monto de los perjuicios irrogados a su causante; y el demandado para exonerarse de responsabilidad deberá probar su inculpabilidad. El transportador responderá de la culpa grave y leve, pero no de la levísima. (C. de Co., artículo 306). El transportador demandado podrá invocar en su favor las cláusulas de irresponsabilidad válidamente pactadas con el causante. La indemnización es un bien sucesoral y deberá distribuírse entre los herederos a prorrata de sus cuotas.

"En cambio, cuando el demandante invoca el daño sufrido personalmente, la acción que ejercita es por responsabilidad extracontractual. El daño que se le ha irrogado no es por la violación de una obligación convencional. Fundará su demanda en la presunción de culpa consagrada en el inciso primero del artículo 2356 del Código Civil; deberá probar los perjuicios morales y materiales sufridos personalmente y la relación de causalidad entre la culpa y el daño. No necesitará acreditar su condición de heredero, ni el daño irrogado a su causante". (LXXVII, 412).

La Corte ha hecho una aplicación precisa del perjuicio específico que concierne a la infracción del contrato, en acción ejercida por un heredero, en casación de 30 de marzo de 1951 (LXIX, 384), al infirmar la sentencia, por haber confundido las bases sobre las cuales debía avaluarse el daño, debiendo referirse éstas, no al perjuicio **personal y directo** del actor, sino al causado a la víctima, cuya acción ejerció el causahabiente como tal:

"Estuvo inconsecuente, o mejor dicho, incongruente, el Tribunal de Barranquilla, cuando después de la motivación que le sirve de fundamento a la sentencia, para deducir de la declaración

de responsabilidad civil de la Empresa transportadora, teniendo como principal cimiento la culpa contractual en que ésta incurrió, en la ejecución del contrato de transporte, y que el daño causado con la muerte del doctor Blanco, lo fue en su patrimonio, concluye fijando bases para la concreción de este daño, cuyo alcance no comprende sino los perjuicios materiales sufridos por la heredera señora Rincón v. de Blanco, directa y personalmente en su **patrimonio.**

"Ni la edad de la demandante en el año de 1939, ni los años que pudiera sobrevivir al causante Dr. Blanco a partir del insuceso, así como el auxilio que de éste recibiera, ninguna relación tiene con el alcance de los perjuicios patrimoniales causados al contratante diligente con el quebrantamiento del contrato de transportes, que es lo que se pretende establecer y que constituye lo demandado. Las bases acogidas en la sentencia, son improcedentes en este caso, ellas determinan un perjuicio ajeno a la relación contractual, que es de donde se hace derivar responsabilidad civil de la Empresa. Cosa distinta sucedería, si aquella responsabilidad civil se hubiera hecho depender de la culpa extracontractual; entonces, se estaría en presencia de una acción indemnizatoria directa y personal de doña Tránsito Rincón v. de Blanco contra la Empresa, pero esto no es lo planteado en la demanda, ni lo deducido en la sentencia; de aquí la incongruencia entre lo pedido y lo fallado y el "desconocimiento de lo pretendido por las partes", por lo que hay que casar la sentencia parcialmente, para fijar las bases procedentes con arreglo a las cuales debe hacerse la liquidación de los perjuicios materiales que comprende la condena en abstracto.

"Aquellas bases no pueden ser otras, que las que se desprenden de los elementos probatorios que acreditan la existencia del daño causado en el quebrantamiento del contrato de transporte y que tenga repercusión en el patrimonio de la víctima del accidente...".

36.—H. y L. Mazeaud dicen en su obra citada (to. 2º, número 1901):

"Son distintas también (las acciones) por su objeto: la una, encaminada a la reparación del perjuicio sufrido **por la víctima inicial,** en tanto que la otra, dirigida a la reparación del perjuicio **causado personalmente al demandante** por el daño inicial...

"Porque tienen objetivos distintos, las dos acciones difieren en sus resultados.

"¿Triunfa la acción que el actor ejerce en calidad de causahabiente? Se obtiene la reparación del perjuicio **sufrido por la víctima inicial.** Los daños y perjuicios reconocidos en globo se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas sucesorales; **elementos del patrimonio del difunto, son la prenda de los acreedores;** los herederos no pueden sustraerlos a la acción de los acreedores de su autor.

"¿Ejerce, al contrario, la acción personal? Obtiene la reparación del daño que **sufrió personalmente.** Si varios actores reúnen sus acciones en un mismo juicio, el Tribunal **no puede condenar a una indemnización global;** debe fijar el monto de los perjuicios debidos **a cada uno** de los damnificados, siendo diferente para cada uno, puesto que cada uno sufre un daño que le es personal y particular.

"Las dos acciones difieren por su objeto, por el **perjuicio cuya reparación se demanda.** Difieren también por la naturaleza de la responsabilidad que sancionan. Sin duda se apoyan una y otra sobre el mismo acto culposo, el que ha producido a la vez el daño inicial, y por contragolpe, los perjuicios personales. Pero, esta culpa puede tener una naturaleza diferente si se imputa a un demandado **por un causahabiente** que obra en este carácter o **en su nombre propio.** Este es el caso en que el perjuicio inicial tiene su origen en la inejecución defectusa de un contrato, por ejemplo, un contrato **de transporte.** El demandante que obra en su **calidad de causahabiente basa la acción en el contrato;** éste puede ser invocado por la víctima inicial y puede serle opuesto; el causahabiente **toma el lugar de la víctima inicial** y pretende comprometer la **responsabilidad contractual del demandado.** El actor que obra, al contrario, en su nombre personal, se **halla por fuéra del contrato: es un tercero; no procede invocar el contrato,** el que tampoco podrá serle opuesto; pretende comprometer la **responsabilidad delictual del reo".** (Subraya la Sala).

37.—El recurrente hace referencia a la sentencia de la Sala de Negocios Generales, de 23 de abril de 1941 (LI, 431), para afirmar con ella que no es "la vida lo que se indemniza, sino el perjuicio que la falta de la persona fallecida ocasiona a sus deudos"; pero los deudos del pasajero muerto durante el transporte por cable aéreo —que era el caso— habiendo podido incoar la acción por culpa contractual, ejercieron la originada de la culpa aquiliana, en la que no entran

en juego los perjuicios causados al viajero. Otras sentencias repiten lo mismo, v. gr. la casación de 20 de junio de 1941 (LI, 298), según la cual "para los efectos indemnizatorios por perjuicio material no es propiamente la duración de la vida lo que vale, sino su capacidad productiva en relación con el apoyo cierto y concreto que dejó de tenerse al extinguirse esa vida", pero se advierte que se trataba también de un evento de responsabilidad aquiliana; las de 24 de junio de 1942 (LIII, 660), de 13 de diciembre de 1943 (LVI, 683) y de 10 de noviembre de 1950 (LXVIII, 668), en las cuales se resuelven asimismo casos de responsabilidad delictual, etc. En cambio, en la de 23 de abril de 1941 (LI, 468), el criterio predominante es el mismo —el del perjuicio personal y directo— no obstante tratarse de acción propia del contrato.

Por consiguiente la vinculación del perjuicio al provecho que el demandante derivaba de la víctima, ha sido sostenida por la Corte en la acción de responsabilidad aquiliana, justamente porque el perjuicio personal del heredero —como lo fuera el de un extraño— es lo que se persigue con dicha acción; en sentencia de 24 de junio de 1942, antes citada (LIII, 660), la Corte expuso las razones para considerar esta acción como elemento patrimonial del causahabiente, y no del antecesor; pero, en la de 23 de abril de 1941 (LI, 468), aplicó el criterio del perjuicio directo del heredero, no obstante tratarse de responsabilidad contractual. Esta doctrina no puede generalizarse, por la confusión que encierra entre lo que es de una y otra responsabilidad, de uno y otro daño específico, de una y otra afectación patrimonial. Las recientes sentencias de casación, antes citadas, de 23 de abril de 1954 (LXXVII, 412) y 23 de noviembre del mismo año (LXXIX, 666), consagran doctrinariamente la tesis del perjuicio específico, según la acción de que se trate, y la de 30 de marzo de 1951 (LXIX, 384), ya había hecho antes una aplicación concreta de esta misma tesis, para ordenar la indemnización, en un caso de acción contractual ejercida por el heredero, con base en el daño inferido al causante.

38. — Haciendo referencia a la tesis del recurrente, acerca de la imposibilidad jurídica de considerar un daño específicamente producido en el patrimonio de la víctima, cuando la muerte de ésta es instantánea, y se ejerce la acción del contrato, el punto ha sido controvertido en la doctrina general. Los autores nombrados dicen en el tomo 1º de la obra citada, números 138, 139 y 140:

"En la hipótesis de que ejercieran la acción en calidad de causahabientes, obrarían en nombre del difunto y se hallarían en el terreno de la responsabilidad contractual, como estaría necesariamente el difunto.

"Se hace sin embargo una objeción:

"Obrando en nombre del difunto, los causahabientes no podrían reclamar sino la reparación del perjuicio sufrido por el patrimonio de su antecesor y no el recibido por ellos personalmente; es así que el patrimonio del difunto no ha sufrido ningún perjuicio, porque el perjuicio es causado por la muerte y desde que ésta acontece el patrimonio desaparece; luego, los herederos no pueden hallar en el patrimonio del difunto una acción concerniente a una responsabilidad que no ha tenido tiempo de localizarse en él.

"Lo cual es olvidar que el patrimonio del difunto comprendía, desde antes del accidente, un activo compuesto de todo cuanto le daba su vida, su inteligencia, sus fuerzas; es sólo cuando muere la víctima, cuando, por consecuencia, el patrimonio no existe más, que aquellos valores desaparecen: mientras vivía la víctima, ese valor existía; ese valor siempre figuró en su patrimonio y jamás el patrimonio pudo existir sin ese valor. El heredero que recoge el patrimonio, tiene, por tanto, **el derecho de reconstituir el activo, de reclamar la indemnización que reemplace el valor desaparecido.** Sostener lo contrario es en realidad pretender que el que sea muerto violentamente no sufre ningún daño, puesto que ha muerto; es confundir la existencia del daño con la imposibilidad física de reclamarlo.

"El heredero puede, pues, reclamar, a nombre del difunto, en calidad de causahabiente y a prorrata de su cuota hereditaria, la reparación del daño sufrido por el patrimonio de su autor; haciéndolo, se encuentra colocado en el terreno contractual".

Los mismos autores desarrollan esta concepción del daño irrogado al patrimonio del viajero fallecido, en el tomo 2º de su obra, números 1910 a 1913:

"Perjuicio causado a la víctima a causa de su muerte.—La cuestión es mucho más delicada en lo que concierne al perjuicio que la víctima ha sufrido, no por las heridas sino por la muerte misma. De este perjuicio la víctima no pudo quejarse ella misma, puesto que el daño ha nacido

de la muerte; sus herederos, obrando en esta calidad, pueden demandar reparación.

"**Muerte concomitante o posterior a las heridas.**—El problema se plantea de la misma manera sea que la víctima haya o no sobrevivido a sus heridas. Solamente en caso de muerte instantánea, la víctima no habrá sufrido otro daño. Apenas si podrá hablarse del dolor, muy breve, sentido por ella, muerta así, y contemplar un daño moral debido a sus heridas y no a la muerte. Lo esencial del perjuicio se debe a la muerte misma.

"Del perjuicio así causado por la muerte, que haya o no sucumbido instantáneamente, la víctima no habrá podido quejarse ella misma, puesto que el daño se ha originado de la muerte; sus herederos obrando en este carácter pueden impetrar una reparación?

"La imposibilidad de actuar, en la cual se encuentra la víctima, no podrá ser invocada contra la acción de los herederos. Nada impide a los herederos introducir las acciones que su autor no ha podido ejercer; ellos no obran, en efecto, propiamente hablando, en nombre de su antecesor, **sino como continuadores de su persona,** y es precisamente porque ellos la continúan por lo que pueden intentar una acción que la muerte ha impedido ejércerla a su antecesor.

"Se objetará que la muerte no ha podido generar ningún perjuicio a la víctima, porque un perjuicio que nace de la muerte es posterior a la misma. Desde el instante del fallecimiento el individuo deja de ser persona, sujeto de derechos y obligaciones. Un muerto no puede sufrir ningún daño. Un crédito no puede nacer sobre la cabeza de un difunto. Los herederos no pueden, en consecuencia, encontrar en la sucesión un crédito que tendría su causa en un pretendido daño sufrido después de la muerte.

"Un tal razonamiento sería inexacto. No tenemos el propósito de discutir que un muerto no sufre, que no puede sufrir ningún perjuicio! Pero, el daño que padece la víctima por el hecho de su muerte, **no es posterior a ésta.**

"La víctima sufre el daño necesariamente antes de su fallecimiento. Por rápida que se efectúe la muerte, forzosamente transcurre un instante de razón, entre el golpe y el fallecimiento. Necesariamente el golpe precede a la muerte. En ese instante, por breve que sea, en que la víctima agredida no ha muerto todavía, en que aún su patrimonio existe, **nace el crédito a la indemnización;** los herederos lo encuentran en la sucesión.

"Y aun cuando el daño no sea anterior al fallecimiento, será por lo menos concomitante, puesto que se confunde con él. La víctima no sufre después de su muerte, porque sufre la muerte misma. El crédito no nace en la cabeza de un difunto, sino en la de un vivo que muere. La víctima muere por la causa que genera su crédito, lo que no significa que fallece antes de ser acreedora, sino que muere porque ha llegado a ser acreedora. Los causahabientes no demandan, pués, la reparación de un perjuicio sufrido por un muerto, sino —lo que es bien diferente— la reparación del perjuicio experimentado por un vivo que muere. La acción les es transmitida.

"Se ve, por tanto, que sería inexplicable no reconocer ninguna reparación por un tal daño. Sería, cuando la víctima no ha sobrevivido, librar al responsable de toda acción ejercida por los herederos en su calidad de tales, porque —según se ha dicho— la víctima, en caso de fallecimiento instantáneo, no sufre ningún perjuicio. Lo cual sería recompensar con una prima a los imprudentes y a los asesinos que golpean más fuerte; si la víctima es muerta en un instante, saben ellos que quedan a cubierto de toda acción de sus herederos.

"¿Qué daño sufre una persona a causa de su fallecimiento?

"Nadie podrá responder, en nombre de la más alta filosofía: la muerte no es más que la ruptura del lazo que nos ata a la vez a los duros sufrimientos y a los despreciables bienes de la tierra; espiritualizando la persona, es uno de los más grandes beneficios; puede causar un perjuicio personal a quienes el difunto deja en la tierra, pero, para el difunto no es sino fuente de felicidades.

"Sin duda. Pero, las relaciones jurídicas entre los hombres, por ser precisamente terrenales, no pueden regirse por principios tan elevados; si no se considera la muerte sino como un beneficio, el asesino podría reclamar un salario a la sucesión de la víctima. Por miserable que sea la vida, el hombre normal tiende a la vida como el más precioso de los bienes; quitarla, se causar el más grave daño que pueda concebirse; perjuicio moral desde luego por la pérdida de todas las esperanzas que son la razón de la vida, y por el dolor físico, por breve que sea, que padece el cuerpo en el momento de perecer; perjuicio material también, puesto que el activo patrimonial se halla

bruscamente privado de sus más valiosos elementos, los que sirven a todos los demás de puente o sostén: la vida, la inteligencia, la fuerza. En justicia; se puede considerar la vida como el más precioso de los bienes de la tierra, puesto que es el bien sin el cual los otros no son nada; y como tal bien —la vida— existía necesariamente en el patrimonio de la víctima, puesto que no ha desaparecido sino con ésta, nadie duda de que los herederos puedan pedir cuentas al responsable de la muerte; ellos no pretenden sino reconstituir el patrimonio de su autor, perseguir el retorno del más real de sus elementos, la vida. La persona a quien se arranca la vida sufre, pues, un daño considerable. Por este hecho se halla en su sucesión un crédito contra el responsable; los herederos, en este carácter, están en el derecho de exigir el pago.

"Y que el responsable no sostenga que la muerte, siendo un mal, es un mal necesario e inevitable, de manera que no tiene por qué reparar un perjuicio del cual la víctima no podría escapar jamás. Esto sería olvidar que el perjuicio tiene su causa precisamente en lo prematuro de la muerte; la víctima lo ha padecido porque su vida ha sido rota antes de tiempo; quien sea la causa, que responda.

"Por tanto, sea que la muerte haya sido inmediata o que cierto lapso haya transcurrido entre las heridas y la muerte, los herederos tienen el derecho, en este carácter, a demandar la reparación del perjuicio irrogado a su causante, tanto por las heridas como por el fallecimiento".

39.—De las consideraciones que anteceden y de la jurisprudencia y doctrina mencionadas se sigue que al demandar los Hernández Duplat como causahabientes de su padre, con la acción heredada, no les obligaba la prueba de sus propios y personales daños, sino la del inferido al pasajero, de la misma manera que por tratarse de dicha acción les obligan las cláusulas exonerativas de responsabilidad, la prueba de la ausencia de culpa por parte de la empresa, así como la prescripción extintiva de corto plazo de la misma acción originada del contrato, etc.

2ª cuestión

40.—El daño inferido al patrimonio del causante debe ser cierto. No importa que sea futuro, con tal que sea cierto. Son dos calidades que no se oponen, la certidumbre y la futuridad del perjuicio. Un daño cierto puede ser actual o futuro. Esta es la doctrina general y la de la Corte, consagrada repetidamente. En tratándose del daño causado por la muerte, la certidumbre debe reposar sobre factores más seguros, si cabe.

El recurso expone los errores de hecho del presente cargo quinto, en tres partes, a las cuales pasa a referirse la Sala.

A) y B)—En relación con el daño producido por la culpa **contractual**, basta, en principio, probar la infracción del contrato para que se genere el derecho a demandar perjuicios. La sentencia considera que en este caso están probados los perjuicios ciertos, es decir, que además del derecho a demandarlos, están acreditados, si bien no en forma suficiente para pronunciar una condena en concreto. Afirma que la víctima era joven y abogado distinguido, que ejercía la profesión con éxito. Estas apreciaciones se basan, sin duda, en las pruebas existentes, a las cuales les atribuye el mérito de demostrar el daño cierto.

La legitimación en causa de los actores, aparece establecida en razón del carácter de herederos en el primer orden sucesoral, del doctor Hernández Bustos, carácter acreditado mediante el acta de defunción de su padre y las demás referentes a su estado civil (fs. 428, c. de la demanda), como por el auto de declaratoria de herederos. Consta que el damnificado tenía cuarenta y un años de edad (f. 3 ib.); que gozaba de buena salud y ejercía la abogacía con ingresos mensuales no inferiores a $ 1.500.00; que estaba dotado de relevantes dotes de inteligencia, idoneidad profesional y laboriosidad y gozaba del aprecio y la consideración sociales. Así aparece de las pruebas que figuran en el cuaderno 2º de pruebas de la primera instancia, en el juicio de los actores Hernández Duplat. A tales pruebas se refiere el Tribunal al decir que según ellas está acreditado el perjuicio cierto, en verdad sin analizarlas, ni citarlas siquiera, pero no por ello omitidas en el trabajo estimativo del acervo probatorio, trabajo en el cual no se advierte que hubiese incurrido en los errores de hecho alegados, pues las circunstancias anotadas por la sentencia y otras que aparecen de dichas pruebas fundan la apreciación hecha por el Tribunal, del daño causado por la infracción del contrato, pero no del perjuicio propio y directo que sufrieran los demandantes y cuya reparación no han impetrado.

Aquí de la sentencia precitada de 30 de marzo de 1951 (LXIX, 384), la cual, refiriéndose a las bases para la estimación del daño, dice que éstas "no pueden ser otras que las que se desprenden

de los elementos probatorios que acreditan la existencia del daño causado con el quebrantamiento del contrato de transporte, y que tenga repercusión en el patrimonio de la víctima del accidente", como la edad de la víctima el día del siniestro, su capacidad productiva de acuerdo con su profesión y las entradas que por este concepto percibía, duración de esa capacidad productiva como abogado, a partir de la fecha de la muerte, y deducción lógica de los gastos de sostenimiento ordinario.

C) Dice el recurrente:

"**Error de hecho manifiesto** en que incurrió el Tribunal al no apreciar o tener en cuenta los siguientes documentos: 1. Las certificaciones y copias visibles al fl. 12 y 16 del cuad. 2. Pruebas del actor en primera instancia, de las que resulta que los demandantes cobraron y recibieron de las Cías. Pan American Life Insurance Company y Confederation Life Association el valor de los seguros de vida hechos por B. H. B. en beneficio de sus tres hijos, los demandantes; 3. Las escrituras números 344 y 210 de la Notaría 1ª de Cúcuta contentivas de las hijuelas de adjudicación hechas a los tres demandantes en los juicios sucesorios de su madre y de su padre (fs. 70 y 76, cuad. número 5) pruebas del demandado, primera instancia; y 4. El dictamen pericial producido para avaluar los perjuicios materiales sufridos por los demandantes y consistentes en el apoyo económico de que dejaron de gozar por la muerte de su padre (f. 200, c. número 1) pruebas del demandado en segunda instancia".

1 y 2.—El cúmulo o acumulación de la indemnización propia del seguro de vida, que debe pagar el asegurador, y de la indemnización o reparación del daño, a cargo de quien lo haya causado, se admite hoy por la doctrina, principalmente en materia de daños a la persona —lesiones personales, muerte— en consideración a que la indemnización, siempre fija del seguro de vida, no corresponde al perjuicio sufrido. (V. H. y L. Mazeaud, ob. cit. tomo 1º, números 233 a 235 y 242). Esta solución no pugna a la regla consagrada en el artículo 641 del C. de Co., según la cual, para el asegurador el contrato de seguro es de mera indemnización, ya que la naturaleza del seguro es doble, al decir de Henri Capitant: entre las partes es de indemnización; el asegurador indemniza al asegurado; pero, en las relaciones entre el asegurado y el autor del daño, el seguro no es de mera indemnización: los terceros no pueden pretender que el daño que han causado sea reparado por el asegurador; el contrato de seguro no puede aprovechar al tercero autor del daño; éste no puede prevalerse de él para descargarse total o parcialmente de la responsabilidad que le incumbe. (Ob. y Tº cit. números 238 y 242).

Lo cual es más claro aún en el caso de que el causahabiente del asegurado, en cuyo favor fue ajustado el seguro, ejerza la acción indirecta o heredada, producida por la infracción de un contrato de transporte celebrado por la víctima, pues una cosa es el seguro estipulado a favor de tal o cual persona —que puede ser o no heredero de la víctima— y otra, la indemnización concerniente al incumplimiento de un contrato, con el cual puede que nada tenga que ver la persona directamente agraviada.

Otra cosa ocurre en tratándose de responsabilidad aquiliana, pues la indemnización del seguro, para quien la recibe, representa un factor económico que puede mermar el daño individual y de aquí que según la doctrina se deduzca de la reparación del perjuicio el valor del seguro de vida. (V. sent. de Negocios Generales, de 22 de julio de 1943. LV, 767).

No hay por ello el error de hecho alegado, pues aun cuando el sentenciador hubiese omitido la consideración de tales pruebas, ello no habría incidido en el recurso, por la razón expuesta.

3.—Otro tanto cabe decir del error alegado, de no haber estimado las hijuelas de los actores, en el juicio mortuorio de su causante, pues el daño no cubre el pasado, al cual se refiere la distribución o adjudicación de bienes por causa de muerte, sino el porvenir, al que concierne el perjuicio producido por la infracción del contrato. Otra cosa podría acontecer en el campo de la responsabilidad extracontractual.

4.—Acusa el recurrente la sentencia de error de hecho por no haber apreciado el dictamen pericial producido "para avaluar los perjuicios materiales sufridos por los demandantes y consistentes en el apoyo económico de que dejaron de gozar por la muerte de su padre" (f. 220, cuaderno 1º) y agrega:

"Este error de hecho consiste en que el Tribunal declaró probados los perjuicios materiales por no haber apreciado las precitadas pruebas que muestran inequívocamente la inexistencia del daño patrimonial ciertamente causado por la

muerte. En el dictamen pericial, producido con el lleno de las formalidades legales, y contra el cual no prosperó la tacha que por error grave le hizo la parte demandante, conceptuaron unánimemente los peritos: 'El proceso no suministra prueba en qué sustentar una conclusión cierta sobre la base del apoyo económico que el padre prestaba a sus hijos. En estos particulares es tan deficiente el contenido de la prueba que se halla en los autos, que nada podemos afirmar en el sentido de la pericia que se solicita de nosotros... Así, pues, desde el punto de vista de la prueba pedida por el representante de Avianca en el juicio en que estamos hablando, no encontramos perjuicios que avaluar' ".

Como se ve, los peritos dijeron no haber hallado la base del apoyo económico que el padre prestaba a sus hijos; pero, los actores Hernández Duplat —se repite— no han demandado por el daño personal, sino por el originado de la infracción del contrato y como sucesores universales de la víctima. Ocurrió que el apoderado de la parte demandada pidió en la segunda instancia, que se avaluasen los perjuicios causados a los demandantes, "consistentes en el apoyo económico que como hijos recibían de dicho señor" (el Dr. Hernández Bustos. V. f. 196 ib.). El Tribunal ordenó la prueba tal como fue solicitada, y los peritos la rindieron sobre la sujeta materia de la misma, esto es, sobre el daño directo causado por la culpa delictual. Así, pues, el concepto pericial, según el cual no hay pruebas de ese daño, en nada afecta la prueba del indirecto, ni demuestra error alguno en la apreciación de un experticio sobre materia distinta.

En consecuencia, no es admisible el cargo quinto.

VI — Cargo sexto

41.—Está formulado así:

"Acuso la sentencia recurrida por violación indirecta de los artículos 1613, 1616 del C. C., que dejó de aplicar legalmente como consecuencia del error de hecho en la apreciación de la demanda y su contestación, en que incurrió de manera manifiesta, al proferir condena por perjuicios morales tratándose, como se dice en esas piezas procesales y la misma sentencia lo reconoce, de responsabilidad por culpa contractual en que 'la indemnización se reclama con base en el contrato celebrado por los pasajeros y la empresa transportadora', como se lee en el fallo recurrido".

Se considera:

El cargo, por haber condenado a pagar el daño moral, no sería por infracción indirecta de los preceptos citados, debido a error de hecho sufrido en la apreciación de la demanda y su respuesta, ya que según esta apreciación los demandantes incoaron la acción correspondiente a la responsabilidad contractual, y tal apreciación ha sido aceptada por la sentencia y por el recurrente. Luego, admitido que se ejerce la acción del contrato, con base en el libelo y su contestación, no se trataría de violación indirecta, a través de unas pruebas, que han sido bien apreciadas, sino de infracción directa de aquellas disposiciones, motivo por el cual no procede el cargo.

Quedando así negada la casación en cuanto a la parte de la sentencia referente a la demanda de los actores Hernández Duplat.

CAPITULO SEGUNDO

Recurso respecto de la demanda de Ricardo Lecuona Otegui y otros

Siete cargos formula asímismo la Compañía recurrente, con apoyo en las causales primera y segunda de casación.

I. — Cargos primero, segundo y séptimo

Cargo séptimo

1.—Con respecto al séptimo, de incongruencia, por haber sentenciado sobre una demanda de responsabilidad contractual, como si se tratase de responsabilidad aquiliana, se repite lo expuesto antes, esto es, en síntesis, que el Tribunal halló procedente la acción contractual, y conforme a ella falló la demanda, sin desplazarla al dominio de la culpa delictual.

Cargos primero y segundo

2.—Por la misma razón son improcedentes los cargos primero y segundo, consistente el primero en la violación directa, por aplicación indebida, de los artículos 2341 y 2347 del C. C. y 36 de la ley 89 de 1938, y el segundo, en la infracción indirecta de los mismos textos, por haber interpretado con error de hecho la demanda y su contestación. La demanda de los actores Lecuona fue

fallada en el plano de la responsabilidad contractual, y como se trata de los mismos cargos formulados en el recurso de los Hernández Duplat, la Sala reproduce lo expuesto en su lugar.

III. — Cargo tercero

3.—Está formulado así:

"El Tribunal violó directamente, por no haber decidido a la luz de sus disposiciones, los artículos 19 de la ley 45 de 1936, 1602, 1008, 2077 del C. C.

"La demostración de este cargo es muy sencilla y resulta obviamente de las siguientes consideraciones: La acción que se ha ejercitado es acción del contrato de transporte heredada por los demandantes, José J., Pilar y Teresa Lecuona únicos con quien reza el interés y procedencia del recurso, carecen legalmente de la calidad de herederos de los Lecuona que perecieron en el accidente de El Mortiño, como hermanos, cuñados y tíos, porque sus padres, cuyas pretensiones quedaron por fuéra de la sentencia, los excluyen en su sucesión legítima. Su acción tiene, pues, la falla sustancial de ilegitimidad sustantiva de la personería, y falta de derecho de actor, como también se le ha llamado".

Se considera:

4.—Ocurre que la sentencia de primer grado al englobar las tres demandas y la revisión de los fallos de la primera instancia, recaídos en ellas, en razón de la acumulación, no hizo declaración alguna, ni de absolución de la empresa demandada, ni de condena en favor de los padres de los esposos Lecuona y abuelos de Eleonor A. Lecuona, sin que el fallo expusiera motivo alguno para ello, de donde se infiere que esto obedeció a olvido —gravísimo— no extraño en una providencia que es ejemplo de vacíos tales que hacen pensar en que no fue obra de un cuerpo plural fallador deliberante. Razón por la cual, no habiendo sido materia de casación por parte de los actores afectados, se ha de estar, en el presente recurso, a la decisión tal como fue dictada —ya que su apoderado tampoco echó de menos la omisión anotada—, porque el régimen de la reformatio in peius, que obliga también en casación, impide que se haga peor el estado de la parte demandada, resultante del silencio de los nombrados actores respecto del fallo.

5.—El recurrente acusa la sentencia, por violación de los textos legales citados, porque Teresa Lecuona de Estévez, Pilar Lecuona y José G. Lecuona, no tienen personería sustantiva para demandar con acción del contrato, pues "carecen legalmente de la calidad de herederos de los Lecuonas que perecieron en el accidente de El Mortiño, como hermanos, cuñados y tíos, porque sus padres, cuyas pretensiones quedaron por fuéra de la sentencia, los excluyeron en su sucesión legítima".

Este cargo es procedente, en tratándose de la acción contractual, elemento del patrimonio de las víctimas, transmitido a sus causahabientes y cuyo ejercicio asumieron los padres y abuelos de aquéllas, en su calidad de herederos, y no los hermanos y tíos de las mismas, quienes no invocaron vocación hereditaria alguna, según se desprende del hecho 25º del libelo. Muertos Ricardo M. Lecuona y Edith E. Lecuona, sus herederos son sus padres legítimos (Ricardo Lecuona Otegui y Frances Lecuona, John J. Mc Govern y Alma Mc Govern), y fallecida Eleonor A. Lecuona simultáneamente con sus padres, lo son sus abuelos, de acuerdo con el artículo 19 de la ley 45 de 1936, por lo mismo afectados activa y pasivamente por el contrato de transporte, según el artículo 2077 del C. C., ya que la ejercida es la acción heredada.

Mas, como los ascendientes no recurrieron contra la sentencia que omitió fallar sobre sus súplicas, es procedente el cargo tercero, debiendo casarse el fallo en lo que respecta a la declaración y a la condena pronunciada a favor de José G. Lecuona, Pilar D. Lecuona y Teresa Lecuona de Estévez, ya que éstos carecen de legitimación en causa en relación con el derecho a demandar los perjuicios procedentes de la infracción del contrato de transporte.

III. — Cargos cuarto, quinto y sexto

6.—Debiendo infirmarse el fallo por el cargo tercero, la Corte se abstiene de considerar los demás, de acuerdo con lo que dispone el artículo 538 del C. J.

CAPITULO TERCERO

Recurso respecto de la demanda de Carlos Calle y otro

Con fundamento en la causal primera de casación, tres cargos se formulan a la sentencia, desde el ángulo de la declaración y condena hechas a favor de Carlos Calle y Carlos Calle Londoño.

I. — **Cargo primero**

1.—Consiste en el doble error de hecho sufrido:

A) Al admitir como prueba de la culpa de la Avianca el informe de la comisión oficial, siendo así que la parte actora no adujo dicha prueba al juicio; y

B) Al no apreciar las pruebas que la parte demandada produjo para demostrar que había cumplido sus deberes de transportador, y haberla declarado responsable, en consecuencia.

Con la violación indirecta de los artículos 2341 y 2347 del C. C.

A)

2.—Apoya así la presencia del primer error:

'No se trata aquí de la imposibilidad legal para estimar el mérito del aludido informe por no haber llegado a formar parte del proceso por alguna de las vías señaladas en el artículo 597 del C. J. El caso es que físicamente no existe ese papel en el expediente, y ya dejé razonadamente demostrado, cuando me referí a los efectos de la acumulación de autos dentro de la técnica formulista y exigente del recurso extraordinario de casación, las razones de diverso orden que impiden el absurdo de que se pueda hacer por la acumulación de juicios disímiles e inconfundibles de responsabilidad civil un acervo común de pruebas, con prescindencia de la voluntad e iniciativa de los litigantes, en casos que a pesar de su común origen en el hecho, son esencialmente diferentes por la naturaleza de la culpa, contractual en uno y aquiliana en el otro, en que se origina, y por la diversidad de los hechos que se señalan como constitutivos de la culpa. Los Calles no han concretado nada en punto a conducta culposa. Obligarlos, como lo hace el Tribunal, a acogerse al concepto emitido irresponsablemente por los militares que formaron la comisión, e inventarles la prueba, es cosa que excede al absurdo en materia de derecho procesal y pruebas judiciales".

Se considera:

3.—Ciertamente, la parte actora no adujo la prueba en referencia. Pero, el fenómeno de la acumulación de autos tiene, precisamente, entre sus consecuencias, la de que las pruebas producidas en uno de los juicios pueden aprovechar a los otros, ya que se trata de fenómenos que persiguen justamente evitar diversos procesos separados a la vez. Así lo tiene admitido la Corte. En casación de 10 de octubre de 1923 (XXX, 350), dijo que es "efecto de la acumulación de los juicios el que las pruebas producidas en cualquiera de ellos son comunes a ambos, para el efecto de apreciarlas en la sentencia"; en la de Negocios Generales, de 8 de marzo de 1937 (XLV, 87), que "de la acumulación resulta un hecho que debe tenerse en cuenta: al verificarse la reunión de las actuaciones, éstas se funden, quedando vigentes todas las diligencias y providencias que en ellas se han efectuado, que pasan a ser parte integrante del juicio"; y en casación de 6 de diciembre de 1954 (LXXIX, 214), que "la unión en un solo proceso de varios juicios inicialmente separados, por razón de la acumulación de autos decretada por providencia ejecutoriada del juez de la causa, produce los mismos efectos entre las partes que el litis consorcio simple o necesario, según los casos."

Decretada la acumulación, ésta fue y es un hecho cumplido, como lo admite el recurrente al iniciar su demanda; por tanto, la unidad procesal, y la comunidad de pruebas, por consiguiente, es una secuela ineludible del mismo fenómeno. Cada juicio, por tanto, podía servirse de las pruebas de los otros, en cuanto le pudieran **jurídicamente** aprovechar. Por lo cual carece de todo valor afirmar, como lo hace el recurrente, que es "el colmo del error de hecho", tener "una cosa como probada con una prueba que no existe en el proceso"; que de esta manera se obliga a los actores Calle a precisar indebidamente su posición frente a la responsabilidad del transportador, y se les "inventa" la prueba que debía haber aducido "a su voluntad e iniciativa".

B)

4.—El error de hecho consiste en no haber admitido las pruebas de Avianca sobre ausencia de culpa en su conducta. Son las mismas pruebas mencionadas en el cargo Quinto C) de la demanda de casación formulada contra la sentencia, en lo que respecta a las peticiones de los Hernández Duplat, pruebas a las cuales se refirió la Corte en dicho punto, diciendo en síntesis, que, con ellas se había establecido el cumplimiento de las obligaciones del transportador, menos en lo referente a las fallas señaladas en el informe técnico, lo que aquí se repite.

No es, pues, procedente el cargo primero.

III. — Cargo segundo

5.—Está concebido así:

"El Tribunal violó directamente, por aplicación indebida, el artículo 2341 del C. C., porque tratándose de un caso de responsabilidad por el hecho de personas que están bajo su cuidado, que es el planteado sin ningún equívoco en la demanda de Carlos Calle (hechos 2º y 3º), su decisión a la luz de un precepto que gobierna la responsabilidad directa originada en el hecho personal, afecta incuestionablemente de ilegalidad la sentencia recurrida".

Este cargo no podría lograr la casación del fallo, porque en el supuesto de que por ello fuera infirmado, ya en instancia la Corte tendría que mantenerlo, no obstante las citas imprecisas de los textos legales, ya que los hechos fundamentales de la acción por responsabilidad aquiliana, están probados.

III. — Cargo tercero

6.—Consiste en la infracción directa de los artículos 66, 1757, 2341 y 2347 del C. C., 470, 471, 472, 480, 481 y 553 del C. J. y 95 del C. P. "por cuanto condenó a la Compañía a la reparación de unos daños cuya existencia y realidad cree el sentenciador que pueden legalmente presumirse y que en todo caso no deduce de ninguna prueba que permita apreciarlos en la forma concreta y cierta que manda la ley".

Se considera:

7.—El sentenciador dá por probado el daño, y como en el caso de las otras demandas, no cita especialmente las pruebas pertinentes. Mas, ello no quiere decir que tal decisión no tenga el respaldo suficiente en los autos. Al menos, esto ha de admitirse mientras no se demuestre lo contrario, ya que la sentencia dice que "cabe advertir que tanto los perjuicios morales como los materiales resultan ciertos de las pruebas que se trajeron a los autos".

Pero, la demostración de lo contrario exige que se formule un cargo que permita revaluar lo tocante a la prueba del perjuicio, cargo que se echa de menos en el recurso referente a la demanda de Carlos Calle y Carlos Calle Londoño.

En efecto: el cargo tercero y último es por infracción directa de los textos mencionados, por cuanto se condenó al pago "de unos daños cuya existencia y realidad cree el sentenciador que pueden legalmente presumirse y que en todo caso no deduce de ninguna prueba que permita apreciarlo en la forma concreta y cierta que manda la ley".

La sentencia no afirma que se presuma el perjuicio, ya que sostiene su existencia cierta, en razón de "las pruebas que se adujeron a los autos". El cargo debió ser, por tanto, por errónea apreciación de esas pruebas, y no por violación directa de la ley.

En tal virtud, no es procedente la casación de la sentencia en lo tocante a lo resuelto en ella sobre la demanda de Carlos Calle Londoño y otro.

8.—La crítica formulada en el curso de la extensa como importante demanda de casación al fallo recurrido, por confundir en unos mismos conceptos y textos de la ley responsabilidades y acciones de naturaleza distinta, o por falta de análisis de las pruebas o pór otras deficiencias impropias de una providencia verdaderamente motivada, se justifica en el campo jurídico general, ya que se trata de una de las providencias más descuidadamente elaboradas.

CAPITULO CUARTO

Sentencia de instancia

Se expuso en el capítulo segundo, sobre la demanda de los actores Lecuona, que habría de casarse el fallo, en cuanto condena a la Avianca a pagar a José G. Lecuona, Pilar D. Lecuona y Teresa Lecuona de Estévez los perjuicios morales y materiales causados en el campo de la responsabilidad contractual, por la culpa del transportador, para absolver a la parte demandada de esa responsabilidad.

Al proceder así y ya en ejercicio de la potestad jurisdiccional ordinaria, la Corte observa que los citados Lecuona no invocaron la calidad de causahabientes de las víctimas, pues en la demanda se circunscribió tal calidad a los ascendientes (hecho 25º) y aquéllos puntualizaron su daño en el hecho de no haber seguido disfrutando del "apoyo material que les proporcionaba Ricardo Lecuona y Edith M. Lecuona, consiguiéndoles trabajo a aquéllos en frecuentes ocasiones y prestándoles atenciones diarias y propias del hogar" (hecho 22º). Debe saberse, por tanto, si existe la prueba del daño.

En relación con el material, el citado hecho 22º compendia el perjuicio en la circunstancia de no

haber seguido gozando del apoyo material que les proporcionaba los Lecuona "consiguiéndoles trabajo en frecuentes ocasiones y prestándoles atenciones diarias y propias del hogar".

Estos hechos no están probados, y aún estándolo no serían suficientes para constituir un perjuicio futuro cierto.

No pasa lo mismo con el daño moral subjetivo, pues basta el vínculo de consanguinidad con el hermano y con la sobrina fallecidos, para que se presuma el perjuicio, vínculo que aparece demostrado con las actas del estado civil que figuran en el cuaderno 1º del juicio respectivo. De acuerdo con el artículo 95 del C. P. se le señalará a cada uno de los nombrados actores el máximo señalado por esa disposición, a título de reparación por el daño moral subjetivo, por la muerte del hermano y de la sobrina.

Observa la Sala, solamente por vía de doctrina, que, el fallador no ha debido ordenar que se liquide el perjuicio moral subjetivo por medio del procedimiento del artículo 553 del C. J., pretextando un orden o método sin apoyo lógico, legal o doctrinal, ya que el monto de este daño corresponde regularlo discrecionalmente al sentenciador, dentro del límite señalado en el artículo 95 del C. P. Mas, como esto no ha sido objeto del recurso, no puede modificarse la resolución del sentenciador.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha quince (15) de febrero de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), pronunciada por el Tribunal Superior de Barranquilla en los juicios acumulados de Carlos Calle Londoño y otros contra Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca), y como Tribunal de instancia,

RESUELVE:

Primero.—Declárase que la Compañía "Aerovías Nacionales de Colombia —Avianca—" es civilmente responsable de los perjuicios morales y materiales irrogados a Blanca Victoria Hernández Duplat, Mariela Hernández Duplat y Germán Benito Hernández Duplat, en su condición de causahabientes de su padre legítimo doctor Benito Hernández Bustos, con motivo de la muerte de este último, ocurrida en el accidente de aviación a que hace referencia el presente fallo, y se condena en abstracto a la misma Compañía a pagarles dichos perjuicios.

Segundo.—Declárase que la sociedad "Aerovías Nacionales de Colombia —Avianca—" es civilmente responsable de los perjuicios morales y materiales causados a Carlos Calle y Carlos Calle Londoño, debido a la muerte de Miguel Calle Londoño, su hijo y hermano, respectivamente, acaecida en el accidente de aviación a que hace referencia el presente fallo; y se condena en abstracto a la misma Compañía a pagarles dichos perjuicios.

Tercero.—Declárase que la sociedad "Aerovías Nacionales de Colombia —Avianca—", es civilmente responsable del daño moral subjetivo irrogado a José G. Lecuona, Pilar D. Lecuona y Teresa Lecuona de Estévez, a causa de la muerte de Ricardo M. Lecuona y Eleonor A. Lecuona, tío y sobrina de ellos, respectivamente, fallecidos en el accidente de aviación a que se refiere la presente sentencia y se condena a la misma Compañía a pagar, por tal concepto, a cada uno de ellos, la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda corriente.

Cuarto.—Los daños a que se refieren los puntos primero y segundo de esta sentencia serán regulados por el procedimiento señalado en el artículo 553 del C. J.

Quinto.—Declárase no probadas las excepciones propuestas.

Sexta.—Se condena a la parte recurrente a las costas causadas en las instancias y en el recurso, respecto de las demandas de Blanca Victoria, Mariela y Germán Benito Hernández Duplat y de Carlos Calle y Carlos Calle Londoño.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y ejecutoriada devuélvase al Tribunal de origen.

José Hernández Arbeláez — Manuel Barrera Parra — José J. Gómez R. — Julio Pardo Dávila.

Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

SE DECLARA DESIERTO UN RECURSO DE CASACION PORQUE LA DEMANDA NO FUE FORMALIZADA POR ABOGADO INSCRITO EN LA CORTE

Para tener la calidad de abogado inscrito, única que permite litigar, según el artículo 1º de la Ley 69 de 1945, no basta haber obtenido el documento de matrícula, que expide el Tribunal de cada Distrito según el artículo 9º de la Ley 62 de 1928, sino que también se requiere la inscripción en los registros a que se refiere el artículo 10 de la misma Ley. Para formalizar una demanda de casación o para interponer un recurso de hecho ante la Corte se requiere que el abogado aparezca inscrito en la Secretaría de la corporación.

No hallándose inscrito en la Secretaría de la Corte el abogado que como apoderado de la parte recurrente suscribe la demanda y estando vencido el término del artículo 530 del C. J., corresponde a la Corte declarar desierto el recurso, en acatamiento al artículo 552 ibidem.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, treinta (30) de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955).

En el juicio ordinario de Angelina Beltrán de Angarita contra Bernarda Angarita y Camilo A. Angarita, decidido en segunda instancia por sentencia del Tribunal Superior de Bogotá el 30 de abril de 1955, la parte actora interpuso recurso de casación que le fue concedido por el Tribunal y admitido por esta Sala en proveído del 4 de agosto de 1955.

Ordenado el traslado legal a la parte recurrente para que formulara la demanda de casación, informa la Secretaría que el término del artículo 530 del Código Judicial se halla vencido y que dentro de éste se presentó el libelo de demanda por el apoderado de dicha parte, quien no se halla inscrito como abogado en la Corte.

De los autos aparece que quien suscribe la demanda de casación es el mismo abogado que actuó como apoderado de la parte actora en las instancias.

Esta Sala, en providencia del 19 de febrero de 1953, ha dicho que "para tener la calidad de abogado inscrito, única que permite litigar, según el artículo 1º de la Ley 69 de 1945, no basta haber obtenido el documento de matrícula, que expide el Tribunal de cada distrito, según el artículo 9º de la Ley 62 de 1928, sino que también se requiere la inscripción en los registros a que se refiere el artículo 10 de la misma Ley", y que la demanda de casación presentada por abogado que no aparece inscrito en la Secretaría de la Corte "es documento que carece de todo valor legal", cuya inadmisión conduce a la deserción del recurso no formalizado en tiempo (LXXIV, 42 y 43).

Y en fallos más recientes, que reiteran la misma doctrina en cuanto a la interposición del recurso de hecho ante la Corte, esta Sala ha expresado:

"Los artículos 10 de la Ley 62 de 1928 y 18 de la Ley 69 de 1945 inhiben a la Corte pronunciarse sobre un recurso interpuesto por abogado que puede haber obtenido su matrícula profesional y la inscripción en otras oficinas, pero que no figura como abogado inscrito en la Secretaría de esta corporación" (marzo 11 de 1955, LXXIX, 723; marzo 31 de 1955, LXXIX, 869).

En aplicación de las normas legales citadas y de la doctrina expuesta, no hallándose inscrito en la Secretaría de la Corte el abogado que como apoderado de la parte recurrente suscribe la demanda y estando vencido el término del artículo 530 del Código Judicial, corresponde a la Sala declarar desierto el recurso, en acatamiento al artículo 532 **ibidem.**

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, **declara desierto** el recurso de casación interpuesto por el doctor Jesús Gallego Salazar como apoderado de Angelina Beltrán de Angarita contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el 30 de abril de 1955 en el juicio ordinario de la nombrada contra Bernarda y Camilo A. Angarita.

No se han causado costas.

Notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

José Hernández Arbeláez. — Manuel Barrera Parra. — José J. Gómez R.—Julio Pardo Dávila. Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

RECURSO DE HECHO

La fijación de la cuantía para determinar la competencia de los falladores, obedece principalmente a realizar una división del trabajo de los negocios judiciales; esa cuantía, mayor o menor, para fijar la competencia de los Jueces Municipales y de los de Circuito, opera en el momento mismo de la presentación de la demanda en donde quedan o deben quedar determinados los valores de los bienes trabados en la querella judicial tanto por el valor intrínseco de ellos como de los accesorios (frutos, daños etc) existentes en ese momento y fácilmenmente apreciables. El mismo criterio debe actuar para determinar qué negocios pueden dar lugar al recurso de casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, septiembre treinta de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Ignacio Gómez Posse)

La parte actora interpuso el recurso de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona el diez y seis (16) de mayo próximo pasado, en el ordinario promovido por Natividad Valencia de Sandoval contra el doctor Gustavo Buenahora para que se declarara la nulidad del contrato de mutuo con hipoteca recogido en la escritura número ochocientos siete (807) de fecha veintitrés (23) de mayo de mil novecientos cincuenta (1950) otorgada en la Notaría Primera de Cúcuta y por medio de la cual la referida señora se constituyó deudora del doctor Buenahora de la cantidad de **Siete Mil Novecientos Treinta y un Pesos con veintiocho Centavos** ($ 7931-28), con plazo de dos (2) años al interés del medio por ciento (½) mensual.

El Tribunal por auto de seis (6) de julio negó el recurso impetrado manifestando que "como el objeto del juicio fue la nulidad de un contrato de mutuo asegurado con hipoteca por la suma de **Siete Mil Novecientos Treinta y un Pesos con Veintiocho Centavos ($ 7.931-28)** a ella debe estarse para la fijación de la cuantía de la acción", de acuerdo con lo expuesto por el artículo 1º del Decreto 3.547 de 1950. No accediéndose la reposición solicitada, la parte interesada agitó en debida forma el recurso de hecho que pasa a resolverse.

El señor apoderado, para obtener la infirmación de la providencia que negó el recurso argumenta ante la Corte diciendo que según el artículo 150 del C. J. la competencia del Juez para conocer de un asunto se fija, entre otros casos por la naturaleza de él y que en ésta se considera incluída la cuantía. "La cuantía de la acción la dá el monto de lo que se demande". Que en el contrato de mutuo con garantía hipotecaria consignado en la escritura número ochocientos siete (807) citada "existe la estipulación de una suma fija que parece ser la materia del préstamo cuya nulidad se pide, y una cantidad no determinada, pero claramente determinable, los intereses del capital que se dice se dió en mutuo, estipulados al medio por ciento mensual. Es decir, para la fecha de la sentencia que negó los pedimentos de la demanda, la presunta obligada debía la suma de **Siete Mil Novecientos Treinta y un Pesos con Veintiocho Centavos** ($ 7.931-28), y los intereses corridos al medio por ciento mensual, desde el memorado veintitrés (23) de mayo de mil novecientos cincuenta (1950), hasta el diez y seis (16) de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), o sea, intereses en cincuenta y nueve (59) meses y medio al medio por ciento mensual "intereses que según los cálculos hechos por el señor apoderado montan a la suma de **Dos Mil Trescientos Cincuenta y Nueve Pesos Con Diez y Siete Centavos** ($ 2.359-17) dando un total de **Diez Mil Doscientos Noventa Pesos Con Cuarenta y Cinco Centavos ($ 10.290.45)**". Agrega que, "no se demanda una suma determinada en este negocio. Se ha solicitado la nulidad del contrato, luego para los efectos del recurso de casación debe estarse al valor de lo contenido y que este valor es el del capital que se dice se dió en préstamo y el monto de los intereses corridos desde la fecha de la escritura a la fecha de la sentencia".

Que la cuantía de la acción la dá, pues, el monto de lo que se demanda.

La Corte considera:

En la demanda el actor se limitó a manifestar que el Juez a quo era competente por razón de la cuantía. De esto pudiera deducirse que no habiendo sido determinada expresamente por un guarismo esa cuantía, se hallaría un "verdadero motivo de duda acerca de este punto" y entonces el Tribunal ha debido darle cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 524 del C. J. ordenando la intervención de peritos para aclarar la duda pero, como se verá, el Tribunal no se encontraba en presencia de ese caso.

La fijación de la cuantía para determinar la competencia de los falladores, obedece principalmente a realizar una división del trabajo en los negocios judiciales; esa cuantía, mayor o menor, para fijar la competencia de los Jueces Municipales y de los de Circuito, opera en el momento mismo de la presentación de la demanda en donde quedan o deben quedar determinados los valores de los bienes trabados en la querella judicial tanto por el valor intrínseco de ellos como de los accesorios (frutos, daños, etc.) existentes en ese momento y fácilmente apreciables. El mismo criterio debe actuar para determinar qué negocios pueden dar lugar al recurso de casación en consonancia con las normas del decreto citado anteriormente.

No se encuentra ninguna razón jurídica para hacer depender el conocimiento de la Corte de un hecho claramente eventual como es el de que los falladores de instancia demoren los pronunciamientos de fondo, o que las partes con recursos dilatorios entorpezcan la rápida y eficaz administración de justicia, pudiendo alterar la cuantía que fue determinada en la demanda o que aparece concretamente determinable en el instante de su presentación.

Es cierto que la Corte en estos aspectos no ha tenido un concepto uniforme pero, indudablemente el razonamiento expuesto en la casación del 30 de noviembre de 1940, es el que se acomoda no solamente a la equitativa distribución del trabajo entre los varios organismos judiciales sino a los principios que deben regular la cuantía para determinar la competencia. Dice el fallo: "Ya se ha visto que el momento de la determinación del valor de la acción es el momento de la demanda judicial, según el principio de la unidad de la relación procesal; y que en el presente caso la cuantía se fijó en una suma determinada. Las posteriores agregaciones o deducciones no pueden influir al particular, puesto que las condiciones de las partes en el momento de la demanda no pueden modificarse después. Al establecerse la demanda pueden computarse los aumentos, accesorios etc., hasta esa fecha, llamados en conjunto a formar la materia del pleito; pero es claro que para ese mismo efecto no pueden tomarse en cuenta los que con posterioridad a esa fecha pueden resultar o producirse, en razón de los motivos expuestos sobre el momento de la determinación de la cuantía. Al respecto dice Mattirolo: "Para conocer qué cosas deben computarse para formar la masa valuable del pleito, hay que comprender en el cómputo todo y sólo lo que constituye el objeto de la cuestión que debe decidirse. Así, en materia de intereses, de gastos y de daños cuyas demandas suelen, como accesorias, acompañar a la demanda principal debe distinguirse: los intereses ya vencidos, los gastos y daños anteriores a la demanda judicial se suman al capital para calcular el valor del pleito; en cambio no se computan los intereses no vencidos ni los gastos aún no realizados, ni los daños posteriores a la demanda judicial, porque tales cosas no constituyen propiamente objeto de la cuestión deducida en el pleito ni son, en el estado actual del juicio, susceptibles de ser declaradas y liquidadas. "Y Chiovenda ya citado, refiriéndose a la ocurrencia ya traída por el memorialista, dice: "No debe confundirse con el aumento de demanda el aumento de valor de la cosa demandada. Si he reivindicado el fundo de corneliano y éste crece de valor durante el pleito en el cual lo he reivindicado, mi demanda no aumenta porque la cosa que pido es siempre la misma".

En el caso de estudio, es verdad, como se anotó antes, que el actor no fijó la cuantía en la demanda; simplemente se limitó a declarar que el Juzgado del Circuito era competente. Pero "la cuantía de la demanda" (frase que usa el artículo 524 del C. J.) de acuerdo con los anteriores conceptos, sí aparecía claramente determinable cuando se instauró la acción valor del crédito, y de los intereses desde la fecha del contrato (23 de mayo de 1950) hasta el día de la presentación de la demanda 8 de agosto del mismo año), intereses al medio por ciento mensual.

Esta suma y no otra determinó la cuantía de la demanda para todos los efectos de la competencia procesal.

En virtud de lo expuesto se resuelve:

No hay lugar a conceder el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha diez y seis de mayo último del Tribunal Superior de Pamplona a que alude la parte motiva de esta providencia.

Dése cuenta al Tribunal y archívese el expediente.

Notifíquese, cópiese e insértese en la **Gaceta Judicial.**

Ignacio Gómez Posse.—Agustín Gómez Prada.

Luis Felipe Latorre U.—Alberto Zuleta Angel.

Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

EL DERECHO DE HERENCIA.—CESION

1.—La organización del derecho sucesorio resuelve el problema acerca de la titularidad del patrimonio de quien ha fallecido. En su reemplazo están llamados otros titulares a recibir no sólo el dominio de los bienes que integran el activo, sino también a soportar las deudas que constituyen el pasivo herencial. Se consultan intereses de terceros y en especial de los herederos, a tiempo en que son llamados como herederos quienes tienen vocación por la ley o el testamento para ocupar el lugar jurídico del causante, como titular de su propio patrimonio que, después de su muerte, viene a ser la herencia.

Ese llamamiento integra un derecho subjetivo, y versa sobre la universalidad del patrimonio: es el derecho de herencia, que establece relación directa entre el nuevo titular y el patrimonio hereditario. Se contempla, pues, un derecho real y un modo de adquirir a título universal.

Si el heredero es único, si de una vez queda individualizado el nuevo titular del patrimonio relicto, no puede remitirse a duda que desde antes de que la mortuoria se liquide, la propiedad de todos los bienes herenciales, en su concreta existencia y singularización, radica de plano en el heredero, a quien, para enajenar los inmuebles, le basta obtener el decreto judicial de posesión efectiva, según los artículos 757 del Código Civil y 968 del Código Judicial.

Así pues, el derecho de herencia, aunque atinente a la universalidad del patrimonio dejado por el difunto, se proyecta de inmediato y en concreto sobre los bienes y deudas de que consta. Es únicamente que si hay varias personas llamadas al todo hereditario, surgen las partes y se forma necesariamente la comunidad universal sobre todos y cada uno de los elementos activos y pasivos que constituyen el patrimonio relicto. Es un condominio a título universal que debe liquidarse, sin duda, pero que otorga a los comuneros derechos que en concreto versan sobre los bienes hereditarios singularizados, así como en concreto también les impone responsabilidades por las cargas y el pasivo sucesorio.

2.—Cuando hay coherederos no es posible entender que a ninguno en particular le pertenezca por modo exclusivo cierto bien de la herencia. No podrá saberse de antemano si en definitiva habrá de corresponderle como causahabiente directo del difunto. Pero está capacitado para ceder su derecho tal cual es, y el cesionario ocupará el puesto jurídico de su autor. Sólo responderá el cedente de su calidad de heredero, pero nada más que en el caso de no especificar los efectos de que se compone la herencia. (Artículo 1967 del Código Civil). Si los derechos hereditarios se venden con vinculación a determinados bienes de la comunidad universal, el cesionario no adquiere de inmediato el dominio en esa forma singularizado, pero tiene capacidad plena para intervenir en la liquidación de la herencia, en defensa del interés que le permita alcanzar que se le adjudiquen aquellas cosas a que se dijo estar vinculado el derecho hereditario. Y tiene el cesionario, por encima de todo, el derecho perfecto a que su cedente le respete y resguarde la titularidad que él mismo le ha dado. Es para el cesionario una capacidad de actuar en defensa de sus intereses conforme a derecho, aunque en definitiva no haya de lograr que la adjudicación sobrevenga, como sería, vgr. en el caso muy claro de que el pasivo absorba en su integridad el activo hereditario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, septiembre treinta de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez.)

Por documento del 18 de agosto de 1947, reconocido notarialmente, Marco Aurelio Ríos, como cónyuge sobreviviente, y Julio Arcesio Ríos, como hijo legítimo, y ambos partícipes en la sucesión de Julia Rosa Muñoz, prometieron vender a Ernesto Peláez en $ 8.000, de los que declararon recibidos $ 600, "una finca territorial constante de cuarenta almudes de extensión, más o menos, ubicada en el punto conocido con el nombre de "La Partida de la Española", denominada "Balcones", mejorada con dos casas de habitación, sementeras de café, caña, plátano, rastrojos, monte, enramadas, ariete, cilindro y accesorios correspondientes para el beneficio de la caña y elaboración de la panela", y encerrada por los linderos que allí aparecen.

Estipularon en la cláusula tercera que "como la finca pertenece a la sucesión antes citada (de Julia Rosa Muñoz), de la cual son únicamente partícipes los contratantes Ríos, éstos responden al prometente comprador Peláez, de que todos los herederos de la causante firmarán con ellos la correspondiente escritura para la transferencia del dominio."

El 12 del mes de septiembre subsiguiente (1947) y como aparecen en la escritura pública 419, comparecieron ante el Notario de Montenegro (Caldas), Marco Aurelio Ríos Cadavid, Julio Arcesio Ríos Muñoz, Evelio Ríos Muñoz, Renán Ríos Muñoz, Carmen Emilia Ríos Muñoz de Cifuentes, Leonisa Ríos Muñoz e Isaura Ríos Muñoz para transferir a título de venta a Ernesto Peláez Gómez "las acciones y derechos que les corresponda o le pueda corresponder a cada uno de los exponentes, dentro de la sucesión intestada e ilíquida de la señora Julia Rosa Muñoz de Ríos, quien falleció en Quimbaya, en 1932". Y agregaron:

"**Segundo.**—Que el compareciente Ríos Cadavid, vende la mitad de dicha sucesión, en calidad de esposa legítimo de la causante Muñoz citada. **Tercero.** Que la compareciente Isaura Muñoz de Ríos, vende en calidad de subrogataria de hijos legítimos dentro de la sucesión de la citada Julia Rosa Muñoz. **Cuarto.** Que los demás exponentes venden en calidad de hijos legítimos dentro de la misma sucesión y que responden de la calidad de hijos de la citada señora Muñoz de Ríos, así mismo, el compareciente Ríos Cadavid responde en calidad de esposo legítimo, lo mismo que la compareciente Muñoz de Ríos responde igualmente de la calidad de subrogataria de hijos legítimos dentro de la misma sucesión. **Quinto.** Declaran, además los vendedores que los bienes dejados por la causante se encuentran ubicados en los Municipios de Filandia. y Quimbaya.

Sexto. Que los inmuebles ubicados en Filandia y Quimbaya fueron adquiridos dentro de la sociedad conyugal Ríos-Muñoz, por compra que el exponente o cónyuge sobreviviente Ríos Cadavid hizo a los señores María Josefa Cadamil v. de Ríos, María Agripina, María Adela y Salomón Ríos Cadamil, por medio de la escritura número 248 de fecha 6 de septiembre de 1919, pasada en la Notaría 1ª del Circuito de Armenia, y registrada en el Circuito de Filandia el 22 de septiembre del mismo año, en el libro 1º tomo 2º al folio 72, partida 178. **Séptimo.** Advierte el compareciente Ríos Cadavid que lo que compró por medio de la citada escritura número 248, fue las acciones y derechos que le pudiera corresponder a los señores María Josefa Cadamil v. de Ríos, María Agripina, María Adela y Salomón Ríos Cadamil dentro de la sucesión intestada e ilíquida del señor Nicasio Ríos, quien falleció en el Municipio de Armenia, vinculados dichos derechos y acciones a los predios ubicados en jurisdicción de los Municipios de Filandia y Quimbaya, en la fracción de la partida de "La Española" denominada la finca a la cual están vinculados los derechos herenciales que venden por medio de este instrumento, con el nombre de "Balcones"..... **Décimo. Que** autorizan al comprador para que inicie y lleve hasta su terminación el correspondiente juicio sucesorio y pida la subrogación y adjudicación respectiva, y que renuncian en favor del comprador Peláez Gómez, a cualquier derecho que a los exponentes vendedores les corresponda o puedan tener sobre la finca denominada "Balcones" a la cual están vinculados los derechos que tramiten por medio del presente instrumento. **Undécimo.** Que hacen la venta con todas sus anexidades, usos, costumbres, servidumbres, títulos y acciones consiguientes, en la suma de $ 8.000 moneda legal, dinero éste que el comprador les pagó de contado y que los exponentes vendedores declaran tener recibido en efectivo y a su entera satisfacción de manos del comprador a quien desde esta fecha le hacen entrega real y material de lo vendido." Ernesto Peláez Gómez dio por recibido lo comprado.

En la sucesión de Julia Rosa Muñoz se le adjudicó a Ernesto Peláez Gómez, en su calidad de subrogatario del cónyuge sobreviviente Marco Aurelio Ríos y de los herederos de Julio Arcesio, María Emilia, Leonisa, Evelio, Edelmira, Reginaldo o Renán, Leonidas y Rogerio Ríos Mu-

ñoz, el terreno denominado "Balcones", ubicado en el paraje de Balcones, en jurisdicción de los Municipios de Filandia y Quimbaya, mejorado con dos casas de habitación, café, plátano, pastos, rastrojos y guadua, por los linderos que allí están descritos.

Mas, como se tratara de terrenos baldíos, Peláez Gómez obtuvo por Resolución 1414 de 19 de diciembre de 1950 que el Ministerio de Agricultura y Ganadería le adjudicara definitivamente el predio de "Balcones" en los Municipios de Filandia y Quimbaya, con extensión aproximada de 50 hectáreas y linderos que en ese acto se determinan.

Tales son, en síntesis, los antecedentes de la demanda en juicio ordinario incoada por Ernesto Peláez Gómez contra Julio Arcesio Ríos y Carmen Muñoz v. de Gómez para reivindicar dos porciones de terreno individualizadas por sus linderos particulares, pero comprendidas ambas dentro del fundo conocido con el nombre de "Balcones". Se encuentra dicho en el libelo que Julio Arcesio Ríos, pretextando títulos que no tenía y prevalido de tenencia precaria concedida por Peláez Gómez, hipotecó a favor de su suegra Carmen v. de Gómez las parcelas objeto de la reivindicación, y que ella misma las remató, previo el respectivo juicio especial de venta.

Los demandados no sólo se opusieron a las súplicas del actor, sino que presentaron sendas demandadas de reconvención tendientes a obtener la declaración de que en la venta hecha por la escritura 419 de 12 de septiembre de 1947, Notaría de Montenegro, no se incluyeron las mejoras ni los derechos que como poseedor a título de colono cultivador tenía Julio Arcesio Ríos, esto es, las que hipotecó a Carmen Muñoz v. de Gómez; que la adjudicación hecha por el Ministerio de Agricultura y Ganadería en favor de Ernesto Peláez Gómez, no tiene valor legal y es ineficaz en cuanto comprende las porciones ocupadas por Julio Arcesio Ríos como colono cultivador, quien tiene mejor derecho a ellas; que Ernesto Peláez Gómez al aceptar la mencionada escritura 419 de 12 de septiembre de 1947 obró como mandatario o agente oficioso de Julio Arcesio Ríos para adquirir para éste la mitad de los derechos herenciales contemplados en la misma escritura, y que en la misma forma obró Peláez Gómez al intervenir en la sucesión de Julia Rosa Muñoz, así como también al solicitar del Ministerio de Agricultura y Ganadería la adjudicación del predio de "Balcones"; que, en consecuencia, declare que Julio Arcesio Ríos es dueño de la mitad de lo que se le adjudicó a Ernesto Peláez Gómez, "excluyendo las mejoras y derechos que independientemente de la sucesión" tenía a título de colono cultivador establecido desde hace más de 20 años. Se piden las restituciones consecuenciales y se hacen varias súplicas subsidiarias.

En 9 de septiembre de 1953, el Juez Civil del Circuito de Armenia desató el primer grado del pleito, por sentencia cuya parte resolutiva dice:

"**Demanda principal:** a) Declárase que son de propiedad del señor Ernesto Peláez Gómez, de las condiciones civiles arriba anotadas, los inmuebles determinados en el hecho 5º de la demanda, con todas sus mejoras, anexidades y dependencias;

"b) Declárase, como consecuencia de la anterior enumeración, que los demandados Julio Arcesio Ríos y Carmen Muñoz v. de Gómez, de las condiciones civiles conocidas, están en la obligación de restituir al actor Peláez, cinco días después de la ejecutoria de esta sentencia, los inmuebles a que se refiere el punto anterior, con todos sus frutos naturales y civiles, no sólo los percibidos, sino los que este señor hubiere (sic) podido percibir con mediana inteligencia y actividad, si hubiera (sic) tenido los bienes en su poder, toda vez que se considera a los demandados como poseedores de mala fe;

"c) El señor Ríos deberá restituir los frutos desde el 12 de septiembre de 1947, fecha en que vendió tanto su derecho herencial como renunció al derecho de cobrar sus mejoras; y la señora Muñoz v. de Gómez, desde cuando remató, o sea desde el 29 de agosto de 1951.

"Para la liquidación de los frutos se procederá en la forma prevenida en el artículo 553 del Código Judicial.

"d) Declárase así mismo, que por entrañar venta de cosa ajena, el remate verificado por la señora Carmen Muñoz v. de Gómez el día 29 de agosto de 1951, ante este mismo Juzgado y dentro del juicio hipotecario seguido por la señora Muñoz contra Julio Arcesio Ríos, es **inoponible** al verdadero dueño de los bienes rematados Sr. Ernesto Peláez Gómez.

"En lo demás se **deniega** la petición por ser improcedente.

"e) No hay lugar a hacer la declaración contenida en la letra d) de la demanda principal, por falta de prueba; y

"f) Condénase en costas a los demandados.

"**Demandas de reconvención:** Por improcedentes unas, y por falta de pruebas otras; **no** hay lugar a hacer las declaraciones solicitadas en las contrademandas, por cuya consecuencia **se absuelve** de todos los cargos formulados al contrademandado por los reconvinientes Julio Arcesio Ríos y Carmen Muñoz v. de Gómez".

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en sentencia del 29 de octubre de 1954, resolvió así:

"1º—**Confírmanse** las declaraciones a) b) c) e) y f) de la parte resolutiva de la sentencia dictada por el señor Juez Civil del Circuito de Armenia, de fecha 9 de septiembre de 1953, en el juicio ordinario de reivindicación establecido por Ernesto Peláez Gómez contra Julio Arcesio Ríos y Carmen Muñoz de Gómez;

"2º—**Revócase** la primera parte de la declaración d) de la misma sentencia;

"3º—**Confírmase** la segunda parte de la declaración d) mencionada, en cuanto deniega la petición a que ella se refiere;

"4º—**Confírmase** la declaración relativa a las demandas de reconvención;

"5º—**Sin costas** en esta instancia."

Interpuso recurso de casación la parte demandada. Se invoca la causal 1ª por dos aspectos: 1º Ser la sentencia violatoria de ley sustantiva por indebida aplicación al caso del litigio; y 2º Ser violatoria de ley sustantiva por infracción directa, lo cual es atribuído por el recurrente a errores de hecho y de derecho en que incurriera el sentenciador al apreciar determinadas pruebas y a falta de apreciación de otras, "errores —dice— que aparecen de manifiesto en el proceso."

El recurrente se detiene a comentar las causas que en su sentir son el apoyo de la demanda inicial del juicio, y dice después que antes de iniciar el ataque de fondo contra el fallo, es preciso señalar claramente cuáles fueron el alcance y el objetivo de los títulos y modos de adquirir en que se funda la intención del actor. Por lo que respecta a la adjudicación del terreno baldío, expresa que la propiedad **sui generis** del Estado sobre esos bienes, de la cual se desprende mediante la adjudicación a los particulares, es el terreno y nada más. "Las plantaciones y edificaciones —dice— no se adquieren por la adjudicación del baldío en que se encuentran." Cita al efecto el texto del artículo 12 de la Ley 71 de 1917, incorporado en la respectiva resolución, a saber:

"En ningún caso el adjudicatario de baldíos podrá privar a los colonos o cultivadores de sus cultivos, sin comprobar plenamente ante la correspondiente autoridad judicial que se les ha pagado el justo precio de sus habitaciones y labranzas y que aquellos renuncian a su carácter de colonos o cultivadores del lote respectivo."

Alude el recurrente a que según la demanda inicial el terreno y las mejoras objeto de la acción le pertenecen al actor por virtud de los títulos que invoca, "y por haber plantado a sus expensas **parte de esas mejoras.**"

"Los demás -agrega- se pretenden adquiridas parte por la adjudicación en el juicio de sucesión de Julia Rosa Muñoz, de que da cuenta el hecho segundo de la demanda, y parte por haberse **desprendido** de ellas Julio Arcesio Ríos, según se dice en el hecho cuarto. Tal es el sentido inequívoco de la demanda."

Y continúa: "Hecho de capital importancia que debe señalarse desde ahora porque está llamado a producir las consecuencias jurídico procesales que adelante se expresarán, es el siguiente:

"El demandante no especificó en su demanda cuáles son, ni en qué porciones determinadas del terreno materia de la acción reivindicatoria se encuentra, **cada una de las porciones de mejoras** que por distintos títulos y modos de adquisición afirma que le pertenecen, a saber: las que dice haber plantado él a sus expensas; las que pretende haberle sido adjudicadas en la sucesión de Julia Rosa Muñoz, y las que dice haber adquirido directamente de Julio Arcesio Ríos por medio de la escritura número 419 de 12 de septiembre de 1947 de la Notaría de Montenegro, que cita en los hechos 3º y 4º de la demanda. No hay en la demanda separación alguna que permita, llegado el caso, distinguir las unas de las otras."

Alega el recurrente que la adjudicación hecha por Ernesto Peláez Gómez en el juicio sucesorio de Julia Rosa Muñoz, no pudo operar la trasmisión de la propiedad de las mejoras y cultivos en aquellos terrenos, por cuanto lo adquirido por la sociedad conyugal de que formó parte la causante, no fue sino la acción y derecho vinculados a la finca de "Balcones" dentro de la sucesión de Nicasio Ríos, acción y derecho en proindiviso con el comprador Marco Aurelio Ríos, esto es, el cónyuge sobreviviente de Julia Rosa Muñoz, todo según la escritura 1248 de 6 de septiembre de 1919 otorgada ante el Notario de Armenia, por la cual el dicho Marco Aurelio Ríos hizo compra a María Josefa Cadamil, Ma-

ría Agripina Ríos, María Adela Ríos y Salomón Ríos de tales derechos hereditarios.

Continúa así la demanda de casación:

"Con los documentos anteriormente citados aparece plenamente establecido que Julia Rosa Muñoz no tenía a su fallecimiento derecho adquirido de propiedad sobre el inmueble adjudicado a Ernesto Peláez Gómez en la sucesión de aquélla como **cosa singular.** Lo que tenía era un derecho de gananciales sobre el **derecho de herencia** que su marido Marco Aurelio Ríos Cadavid había comprado al cónyuge sobreviviente y a los herederos de Nicasio Ríos, en la sucesión **intestada** e **ilíquida** de éste, por medio de la escritura 248 o 1248 de 6 de septiembre de 1919, de la Notaría de Armenia."

Más adelante dice:

"La hijuela de adjudicación en juicio mortuorio puede por sí sola servir o nó de título de dominio para reivindicar, según como se presente la situación jurídico-procesal. Si hay en el proceso prueba fehaciente de que el causante no era dueño de lo que se dice trasmitido al adjudicatario, es de toda lógica que la adjudicación contenida en la hijuela no es título de propiedad, porque entonces opera en toda su fuerza el principio de derecho **nemo dat quod non habet.**

"De conformidad con el artículo 765 del Código Civil, los actos legales de partición de la herencia forman en la clase de los llamados **títulos traslaticios** de dominio. Lo que quiere decir que la partición opera con efecto retroactivo la trasmisión de la propiedad del causante en sus sucesores, sobre los bienes adjudicados. Pero si el causante no tenía la propiedad del bien adjudicado, no pudo trasmitirla a su sucesor, en virtud de la norma jurídica anteriormente citada.

"Y es preciso señalar aquí la distinción fundamental entre dos situaciones jurídico-procesales que pueden presentarse, cada una de las cuales se enuncia así: a) No hay prueba de que el causante fuera dueño del bien adjudicado; b) Hay prueba de que el causante no era dueño del bien adjudicado.

"En la primera de tales situaciones puede llegar a suceder que la hijuela de adjudicación sirva por sí sola de título de propiedad para reivindicar. Pero jamás en la segunda, porque ello sería la transgresión flagrante de la norma universal de derecho que se dejó enunciada.

"La situación que en este juicio se contempla no es la de **falta de prueba** de que la causante del adjudicatario Ernesto Peláez Gómez fuera dueño del inmueble adjudicado, sino la de **estar probado** con los elementos ya relacionados que dicha causante **no tenía el derecho de propiedad** sobre tal inmueble con causa en la inscripción que se señaló como **modo** adquisitivo de aquel pretendido derecho.

"Y entonces la conclusión es de toda claridad: Peláez Gómez no adquirió la propiedad de lo que le fue adjudicado en la sucesión de Julia Rosa Muñoz. Por consiguiente, la hijuela de adjudicación que en tal mortuoria se le hizo no es título de propiedad que le sirva para reivindicar lo que fue objeto de la adjudicación."

Se refiere en seguida a la certificación del Registrador de Filandia, tocante a la escritura 248 o 1248 de 6 de septiembre de 1919, Notaría de Armenia (f. 13, C. 4), y a la cláusula 7ª de la escritura 419 de 12 de septiembre de 1947, Notaría de Montenegro. Dice que el Tribunal omitió en su fallo la apreciación de esas pruebas, para incidir en error de hecho, por cuanto a la omisión misma, y en error de derecho por no reconocerle a tales elementos el valor que les corresponde según los artículos 1765 del Código Civil y 632 del Código Judicial. Que, como consecuencia de esos errores, "el Tribunal apreció con manifiesto **error de derecho** la hijuela de adjudicación hecha al demandante Peláez Gómez en el juicio de sucesión de Julia Rosa Muñoz, tantas veces citada, al considerar tal documento como prueba o elemento demostrativo del pretendido derecho de propiedad del demandante sobre lo que aparece haberle sido adjudicado **como cosa singular reivindicable** en el juicio de sucesión de Julia Rosa Muñoz, siendo de toda evidencia que tal adjudicación no le hizo adquirir aquel derecho, según quedó visto.

Saca en consecuencia que el Tribunal violó "por **indebida aplicación** las normas sustantivas de los artículos 946 y 950 del Código Civil, por cuanto diciendo el primero que "la reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla", y disponiendo el segundo que "la acción reivindicatoria o de dominio corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa", decretó la reivindicación pedida en la demanda sobre la totalidad de lo que es materia de la acción, apareciendo, como aparece, que el demandante no es dueño de la totalidad de aquello, como quedó plenamente demostrado."

Y remata así su alegación:

"..... El derecho real de herencia versa sobre la **universalidad** de bienes que dejó el cau-

sante. Aunque en apariencia parezca redundante, puede decirse que el derecho de herencia versa sobre la herencia, entendido este término en su sentido objetivo, esto es, como la universalidad de elementos activos y pasivos que componían el patrimonio del causante. De donde resulta que antes de la liquidación y partición del caudal hereditario, ni el heredero ni su cesionario tienen derecho en las **cosas singulares** que pertenecieron al causante.

"De lo anterior se desprende que el Tribunal violó por este nuevo concepto y por indebida aplicación, los artículos 946 y 950 del Código Civil, ya citados, al acoger la acción reivindicatoria considerando equivocadamente que Ernesto Peláez Gómez adquirió derecho de propiedad sobre parte de las mejoras materia de la demanda, con causa en la compra de los derechos hereditarios de Marco Aurelio Ríos Cadavid y los herederos de Julia Rosa Muñoz en la sucesión de ésta, no habiendo, como no hay aquí, cosa singular reivindicable. Si el Tribunal la violó, se equivocó en tal concepto. A lo que se agrega que el derecho de herencia no dá lugar a la acción reinvindicatoria o de dominio, sino a la **petición de herencia.**"

Se considera:

Así como nadie puede transferir lo que no tiene, es de la misma claridad que si la persona actúa jurídicamente para dar alguna cosa, trasmite a su causahabiente todos los derechos que tenga sobre el objeto de la transferencia. Por lo cual dice el artículo 752 del Código Civil que "si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los trasmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada."

La organización del derecho sucesorio resuelve el problema acerca de la titularidad del patrimonio de quien ha fallecido. En su reemplazo están llamados otros titulares a recibir no solo el dominio de los bienes que integran el activo, sino también a soportar las deudas que constituyen el pasivo herencial. Se consultan intereses de terceros y en especial de los acreedores, a tiempo en que son llamados como herederos quienes tienen vocación por la ley o el testamento para ocupar el lugar jurídico del causante, como titular de su propio patrimonio que, después de su muerte, viene a ser la herencia.

Ese llamamiento integra un derecho subjetivo, y versa sobre la universalidad del patrimonio: es el derecho de herencia, que establece relación directa entre el nuevo titular y el patrimonio hereditario. Se contempla, pues, un derecho real y un modo de adquirir a título universal.

Si el heredero es único, si de una vez queda individualizado el nuevo titular del patrimonio relicto, no puede remitirse a duda que desde antes de que la mortuoria se liquide, la propiedad de todos los bienes herenciales, en su concreta existencia y singularización, radica de plano en el heredero, a quien para enajenar los inmuebles le basta obtener el decreto judicial de posesión efectiva, según los artículos 757 del Código Civil y 968 del Código Judicial.

Así, pues, el derecho de herencia, aunque atinente a la universalidad del patrimonio dejado por el difunto, se proyecta de inmediato y en concreto sobre los bienes y deudas de que consta. Es únicamente que si hay varias personas llamados al todo hereditario, surgen las partes y se forma necesariamente la comunidad universal sobre todos y cada uno de los elementos activos y pasivos que constituyen el patrimonio relicto. Es un condominio a título universal que debe liquidarse, sin duda, pero que otorga a los comuneros derechos que en concreto versan sobre los bienes hereditarios singularizados, así como en concreto también les impone responsabilidades por las cargas y el pasivo sucesorio.

Cuando hay coherederos no es posible entender que a ninguno en particular le pertenezca por modo exclusivo cierto bien de la herencia. No podrá saberse de antemano si en definitiva habrá de corresponderle como causahabiente directo del difunto. Pero está capacitado para ceder su derecho tal cual es, y el cesionario ocupará el puesto jurídico de su autor. Sólo responderá el cedente de su calidad de heredero, pero nada más que en el caso de no especificar los efectos de que se compone la herencia (Artículo 1967 del Código Civil). Si los derechos hereditarios se venden con vinculación a determinados bienes de la comunidad universal, el cesionario no adquiere de inmediato el dominio en esa forma sigularizado, pero tiene capacidad plena para intervenir en la liquidación de la herencia, en defensa del interés que le permita alcanzar que se le adjudiquen aquellas cosas a que se dijo estar vinculado el derecho hereditario. Y tiene el cesionario, por encima de todo, el derecho perfecto a que su cedente le respete y resguarde la titularidad que él mismo le ha dado. Es para el cesionario una capacidad de actuar en defensa de sus intereses con-

forme a derecho, aunque en definitiva no haya de lograr que la adjudicación sobrevenga, como sería, v./gr., en el caso muy claro de que el pasivo absorba en su integridad el activo hereditario. Ante el régimen jurídico y en equidad quedarán entonces planteadas cuetiones de otra índole, extrañas a lo que es la sujeta materia del presente litigio.

Si aquella venta vinculatoria a determinados bienes fue hecha por todos los partícipes de la sucesión, mal podría ninguno de tales comuneros discutirle al cesionario la titularidad ni el derecho de que precisamente es su autor y, por lo mismo, ligado por el lazo que le pone en el deber moral y jurídico de respaldar, y en ningún caso desconocer, los derechos del cesionario nacidos de un contrato de compraventa, que se entiende celebrado de buena fe y al amparo de la equidad natural.

En el caso **sub judice** Julio Arcesio Ríos, conjuntamente con el cónyuge sobreviviente Marco Aurelio Ríos, prometió venderle a Ernesto Peláez Gómez la heredad de "Balcones" como cuerpo cierto. En desarrollo de esta promesa vino la escritura 419 otorgada el 12 de septiembre de 1947 en la Notaría de Montenegro, a la que concurrieron como vendedores todos los partícipes de la sucesión de Julia Rosa Muñoz de Ríos y, por lo mismo, los prometientes vendedores Julio Arcesio Ríos y Marco Aurelio Ríos. Hablaron ya de derechos hereditarios vinculados al inmueble de "Balcones"; y también se dijo allí que a su vez la sociedad conyugal formada por Marco Aurelio Ríos con Rosa Muñoz había adquirido por compra los derechos hereditarios vinculados al mismo inmueble, hecha a todos los partícipes en la mortuoria de Nicasio Ríos, derechos en proindiviso con el propio Marco Aurelio Ríos. Expresamente autorizaron los vendedores, y entre ellos Julio Arcesio Ríos, a Ernesto Peláez Gómez para obtener la adjudicación del predio de "Balcones" al liquidar la herencia de Julia Rosa Muñoz; y en favor de Peláez Gómez fue hecha, en efecto, esa adjudicación.

Dice la cláusula décima de la citada escritura 419:

"**Décimo.**—Que autorizan al comprador para que inicie y lleve hasta su terminación el correspondiente juicio sucesorio y pida la subrogación y adjudicación respectiva, y que renuncian en favor del comprador Peláez Gómez, a cualquier derecho que a los exponentes vendedores les corresponda o puedan tener sobre la finca denominada "Balcones" a la cual están vinculados los derechos que trasmitan por medio del presente instrumento."

Nada se reservaron los vendedores sobre el predio de 'Balcones'. No puede Julio Arcesio Ríos ni su causahabiente Carmen Muñoz v. de Gómez, oponerle a Peláez el antecedente en la adquisición, acerca de que en parte se tratara de derechos hereditarios de todos los partícipes en la sucesión de Nicasio Ríos, puesto que se encontrarían situados en el mismo plano, con la notoria desventaja para Ríos de haberle transferido a Peláez Gómez todos sus derechos vinculados a la heredad de "Balcones", dentro de la cual se encierran las dos porciones reivindicadas, que retienen y poseen Julio Arcesio y su causahabiente Carmen Muñoz v. de Gómez, por consecuencia del remate en el juicio especial hipotecario, mencionado atrás.

Aquella falla, dentro del efecto relativo de la reivindicación; que sólo afecta a las partes comparecientes al proceso, debería ser subsanada por Julio Arcesio Ríos frente a Ernesto Peláez Gómez, y en realidad miraría a hipotéticos intereses de terceras personas. Por consiguiente, la posición de Julio Arcesio en el pleito presente no le habilita para derivar derecho por causa de una deficiencia que a él mismo le correspondía enmendar.

Si, por lo demás, se trataba de una colonización en terrenos baldíos del Estado y en que todas las mejoras allí existentes se habían adquirido por Peláez Gómez, bien por obras propias o a sus expensas, o por compra de los citados derechos hereditarios y de las personales de Julio Arcesio Ríos, que todas fueron objeto de la cesión, no se descubre que el Tribunal violara en manera alguna las normas aplicables al juicio reivindicatorio, desde luego que la titularidad del actor —única proposición que se controvierte— queda confirmada como adjudicatario por el Estado de aquellas mismas tierras donde se ubica el fundo de "Balcones".

Nada se discute entre las partes acerca de la calidad de herederos de mejor derecho, por lo cual no incide la petición de herencia.

De todo lo anterior se desprende que los cargos no prosperan.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida el 29 de octubre de 1954 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

No aparece que se hayan causado costas en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

José Hernández Arbeláez.—José J. Gómez R. Manuel Barrera Parra.—Julio Pardo Dávila.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.



ACCION DE PERTENENCIA POR PRESCRIPCION ADQUISITIVA EXTRAORDINARIA DE DOMINIO

1.—El recurso de casación no es una tercera instancia, pues el recurso se concreta a examinar la acusación que se hace por el recurrente a la sentencia de segundo grado. Es un litigio entre la sentencia y la ley siempre que de ese litigio resulte que el Tribunal ha violado el estatuto legal de carácter sustantivo, la Corte debe restablecer el imperio de la ley violada y como consecuencia casar la sentencia. Cuando esto ocurre, la misma ley ordena que la Corte se convierta en Tribunal de instancia y debe dictar el fallo que haya de reemplazar al que fue infirmado en virtud de haber prosperado la acusación contra la sentencia.

2.—En cualquiera de los dos casos de error, ya de hecho o de derecho, el sentenciador viola la ley sutantiva en forma indirecta, pues tal violación emana del error en que incurrió cuando investigaba si los hechos del pleito estaban o nó probados.

3.—El sentenciador puede violar la ley en forma directa: a) por interpretación errónea; b) por aplicación indebida; y c) por falta de aplicación. (Ver Gaceta Judicial, Tomo LXXIX, página 551).

4.—Cuando la ley acepta como dueño de una cosa a quien la ha poseído materialmente durante el lapso legal extraordinario, sin haber tenido título de dominio, y presume de derecho que tal poseedor lo es de buena fe, siempre que tal posesión se haya ejercido en forma pacífica, pública y no interrumpida, y sin reconocer dominio ajeno, consagra el fenómeno de la usucapión que tiende a conferir y estabilizar el derecho de propiedad, así como a sanearlo de los vicios de que puedan adolecer sus titulaciones.

5.—Quien pretenda agregar al tiempo de su posesión el tiempo de la posesión de sus antecesores, debe correr con las contingencias de los vicios que hayan podido afectar las anteriores posesiones.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, septiembre treinta de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila)

Miguel J. Neira, Carlos A. Neira y Román Quiñones, iniciaron demanda para que "mediante los trámites del procedimiento que señala la Ley 120 de 1928", se hagan las siguientes declaraciones:

"Que son dueños por prescripción, adquisitiva de dominio de un terreno denominado "Canteras de los Reina", situado en esta ciudad arriba de la iglesia de La Peña y alinderado así: Desde un mojón de piedra grande señalado con siete barrazos que se halla en la angostura donde pasa una cerca de piedra; de ésta piedra tomando a la derecha por una cuchilla arriba a dar con La Peña Vieja, donde está una piedra que parece machón; de ésta vista al oriente, hasta llegar a la cumbre del cerro más alto que divide con el terreno de San Agustín, hoy de la Capellanía de Monserrate; de aquí toda la cuchilla de este cerro, circulando a la izquierda hasta llegar a La Peña de Los Buitres; de aquí vista al poniente por la cima del cerro donde se halla una cantera hasta llegar a una piedra que llaman del Queso y de esta adelante, como distancia de una cuadra a dar a otra piedra que queda encima de la cabecera de un zanjón; éste abajo hasta pasar por la cerca de piedra señalada con siete barrazos.

"Que los tres demandantes a saber: Miguel J. Neira, Carlos A. Neira y Román Quiñones son dueños por posesión de más de treinta años, en la siguiente proporción: Miguel J. Neira cinco partes; Carlos A. Neira, tres con ocho décimas de parte; y Román Quiñones, de una parte con dos décimas de parte".

Esta demanda se notificó al señor Personero Municipal de Bogotá y se publicaron los carteles para emplazar a quienes se crean con algún derecho en el inmueble de que se trata, todo de acuerdo con el artículo 7º de la Ley 120 de 1928, y porque en la demanda no se citó a personas conocidas o presuntos interesados contra los cuales se pueda alegar la prescripción.

En tal estado del juicio se presentó como opo-

sitora Ana Tulia Guarín v. de Monroy, a quien según el artículo 11 de la citada ley, debe considerarse como demandante si no está en posesión de la finca.

Con el dicho carácter de opositora y demandante, Ana Tulia Guarín v. de Monroy se presentó ante el juez del conocimiento que fue el 7º del Circuito en lo Civil de Bogotá, dijo:

".....demando a los señores Miguel J. Neira, Carlos A. Neira y Román Quiñones, mayores de edad, vecinos de Bogotá para que, con su audiencia y previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, se hagan contra los demandados las siguientes declaraciones:

"1ª) Que mi mandante Ana Tulia Guarín v. de Monroy, mayor y vecina de Bogotá, es dueña y poseedora inscrita de la tercera parte de un terreno ubicado en jurisdicción de Bogotá, cerca de la ermita de La Peña, comprendido dentro de los siguientes linderos generales: (los linderos son los mismos que los peticionarios Neira y Quiñones indicaron en la demanda).

"2ª) Que no es cierto que los demandantes en el juicio de pertenencia por prescripción a que me refiero, señores Miguel J. Neira, Carlos A. Neira y Román Quiñones T., hayan adquirido por prescripción ordinaria ni extraordinaria el dominio de la totalidad del inmueble antes alinderado, ya que para la primera carecen de justo título sobre la tercera parte del terreno que corresponde a mi mandante y de posesión adecuada, no estando demostrada por otra parte la posesión regular necesaria para adquirir por prescripción extraordinaria la totalidad del terreno cuyo dominio pretenden.

"3º) Que mis demandados deben pagar las costas del juicio, si lo afrontan".

De la demanda en el juicio sobre pertenencia y de la oposición se desprende que la situación del litigio es la siguiente:

Los demandantes Neira y Quiñones afirman que son dueños por prescripción adquisitiva del dominio por haber poseído el terreno durante más de treinta años, pues ellos y sus antecesores que lo fueron Lupercio Reina y Rosa Elena Reina, hijos de Vicente Reina, y éste último, ejercieron actos de dominio con ánimo de señor. y dueño por todo el tiempo que la ley señala para que se cumpla la prescripción adquisitiva.

A su turno Ana Tulia Guarín v. de Monroy afirma que ella es dueña de una tercera parte proindiviso en el terreno materia del pleito, por tener a su favor título inscrito que le dá tal carácter.

El juez del conocimiento en primera instancia pronunció sentencia favorable a las peticiones de Miguel J. Neira, Carlos A. Neira y Román Quiñones, el día 8 de octubre de 1952, y dijo en esa providencia:

"Declárase no probada la oposición formulada por la señora Ana Tulia Guarín v de Monroy, y en consecuencia, se declara que los señores Miguel J. Neira, Carlos A. Neira y Román Quiñones T., son dueños por prescripción adquisitiva de dominio de un terreno denominado "Cantera de los Reina", situado en esta ciudad, arriba de la iglesia de La Peña y alinderado así.....

"Declárase que los tres demandantes, a saber: Miguel J. Neira, Carlos A. Neira y Román Quiñones T., son dueños por posesión de más de treinta años en la siguiente proporción: Miguel J. Neira cinco partes; Carlos A. Neira, tres con ocho décimos de parte; y Román Quiñones, de una parte con dos décimas de parte.

"Inscríbase esta sentencia en el Libro número 1º de la oficina de registro de este circuito. Sin costas".

La parte opositora-demandante, apeló de la sentencia dictada por el juez, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, puso fin a la segunda instancia, por providencia de fecha 2 de septiembre de 1953, y confirmó en todas sus partes lo resuelto por el juez, y condenó a la apelante Ana Tulia Guarín v. de Monroy en las costas del recurso.

La misma señora Guarín v. de Monroy interpuso recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, y como el recurso ha sufrido los trámites legales, la Corte procede a resolverlo.

La sentencia acusada

Dice así el fallo del Tribunal, en la parte pertinente:

"La Ley 120 de 1928 consagró en nuestro derecho positivo la acción sobre declaración judicial de pertenencia, de acuerdo con la cual, todo aquel que tenga a su favor una prescripción adquisitiva de dominio, cumplida en las condiciones legales, puede solicitar la declaratoria, en sentencia definitiva, que la cosa le pertenece, haciéndose así a un título que antes de la reforma era difícil obtener, por cuanto el derecho de alegar la precripción como modo de adquirir los inmuebles ajenos estaba destinado por su naturaleza más que a fuente de acción judicial, a medio defensivo o de excepción.

"Se solicita aquí la declaratoria de pertenencia con base en la prescripción extraordinaria a que se refiere el artículo 2531 del C. C., que se funda únicamente en la posesión ininterrumpida de la cosa durante treinta años —en este caso todavía la treintena— y para la cual no es necesario título alguno y se presume de derecho la buena fe.

"Los actores aspiran a agregar a su posesión de la totalidad del inmueble, inclusive la tercera parte objeto de la oposición de la señora viuda de Monroy, la de sus antecesores.

"Alegan que tales fueron Lupercio y Rosa Elena Neira, y que el antecesor de éstos fue el señor Vicente Reina, en cuya causa mortuoria se les adjudicó "el derecho que tenga o pueda tener la sucesión para pedir que por los trámites establecidos por la ley 120 de 1928, sobre prescripciones y registros de la propiedad, que se declare que ha ganado por este medio el dominio de la finca a que se refiere el testamento del causante en su numeral 4º, o sea el mismo (sic) materia del presente litigio.

"En demostración del hecho básico de su posesión en las condiciones de la ley, adujeron los demandantes las pruebas que componen el cuaderno Nº 4, ya que las que obran en el cuaderno Nº 2 quedaron, como se vió, cobijadas bajo la nulidad decretada en este juicio por falta de notificación al Agente del Ministerio Público. Dichas pruebas consisten en recibos que acreditan el pago del impuesto predial del referido inmueble por parte de éstos, y en las declaraciones testimoniales rendidas por los señores Aparicio Parra, Gabriel Muñoz, Urbano Moreno y Reinaldo Medina Caldas y señora Carmen Peñuela.

"Estos testimonios, que fueron detenidamente analizados tanto por el señor Personero Municipal como por el señor Juez de la causa, constituyen plena prueba o completa de la posesión exclusiva del inmueble a que se refiere la petición de pertenencia, sin interrupción de ninguna clase, pública y tranquilamente, ejecutando actos de dominio, primeramente por Vicente Reina, luego por sus herederos o sucesores a título universal, Lupercio y Rosa Elena Reina, y finalmente por los sucesores de éstos, a título singular, los hoy demandantes, durante un lapso que aunado (artículos 778 y 2521 del C. C.), excede en mucho al término treintenario de la prescripción extraordinaria aplicable al caso.

"Ahora bien: los actores para acreditar que son sucesores de los citados Lupercio y Rosa Elena Reina y éstos a su turno de Vicente Reina, acompañaron con su demanda copias debidamente registradas de las siguientes escrituras públicas:

"Número 3472 de 20 de octubre de 1939 de la Notaría 1ª de Bogotá, en que consta la venta hecha por Lupercio Reina a favor de Carlos A. Neira, de la mitad del terreno objeto del presente litigio; instrumento en el cual el vendedor manifiesta que adquirió el bien, en primer lugar por adjudicación que se le hizo en la sucesión de su padre Vicente Reina, que cursa en el Juzgado Sexto Civil de este Circuito, y en segundo término, por compra a Facundo Clavijo, según escritura Nº 2401 del 3 de octubre de 1939 de la Notaría 2ª de esta ciudad.

"Número 1847 de 26 de junio de 1942 de la Notaría 1ª de Bogotá, mediante la cual Miguel J. Neira, Román Quiñones T. y Carlos A. Neira le compraron a Rosa Elena Reina v. de Quintero, por partes iguales, los derechos que en cuotas de la mitad le corresponden en el mentado inmueble y que, según la vendedora, los hubo por compra a Salvador Basto S. y Facundo Clavijo, según escrituras números 2892 de 23 de septiembre de 1938 y 1934 de 26 de septiembre de 1939, de las notarías 1ª y 3ª de esta ciudad, respectivamente, y vinculados tales derechos a la herencia o sucesión de su padre Vicente Reina, que cursa en dicho Juzgado 6º.

"Número 344 de 12 de febrero de 1947, de la Notaría 5ª de Bogotá, por medio de la cual se protocolizó la causa mortuoria del señor Vicente Reina, que cursó en el Juzgado Sexto Civil de este Circuito y en la que les adjudicó a los citados Rosa Elena v. de Quintero y Lupercio Reina, en común y proindiviso, los derechos que tenía el causante sobre el inmueble, materia hoy del presente litigio.

"La opositora señora Ana Tulia Guarín v. de Monroy no ha desvirtuado en forma alguna la posesión fehacientemente acreditada por los actores. Simplemente se limitó a negarla, sin siquiera intentar demostrar interrupción u otra circunstancia que le impidiera producir sus efectos jurídicos de apropiación al cabo de lapso legal.

"Al oponerse adujo copias debidamente registradas de las escrituras públicas números 1256 de 6 de diciembre de 1939 de la Notaría 1ª de Tunja, en que consta la adjudicación que se le hizo en la causa mortuoria del doctor Sergio Tulio Monroy, de la tercera parte del mentado inmueble; de la número 18 de 13 de enero de 1936 de la Notaría 2ª de Tunja, contentiva de la com-

pra hecha por el citado causante a Joaquín M. Monroy, de la mitad de la tercera parte de dicho bien, y de la número 1155 de 12 de agosto de 1921 de la Notaría 2ª de Bogotá, por medio de la cual se protocolizó la causa mortuoria del señor Pablo Reina, en la que se les adjudicó a cada uno de los citados Monroy una mitad de la aludida tercera parte de ese inmueble.

"Con esta prueba instrumental que representa todo el acervo defensivo de la opositora, no se puede detener la viabilidad de la acción declarativa de pertenencia que se decide, fundada en la posesión de treinta años, por cuanto estos títulos no demuestran nada en relación con la posesión material del bien de que se trata, posesión que los actores hacen arrancar probadamente desde hace más de treinta años.

"Por consiguiente, la aludida oposición formulada respecto de una tercera parte del inmueble mal puede prosperar. En cuanto a las otras dos terceras partes, no hubo la menor oposición.

"En tales circunstancias, se impone la confirmación de 'la sentencia recurrida, con costas a cargo de la apelante".

La demanda de casación

Dice el recurrente:

"**Los cargos.**—Como se expresó en el encabezamiento de esta demanda, solicito la infirmación del fallo recurrido por las causales primera y sexta del artículo 520 del C. J., es decir, por infracción directa e indirecta de preceptos legales sustantivos y por haberse incurrido en una de las causales de nulidad de que trata el artículo 448 del C. J. y no haberse saneado debidamente, de conformidad con la ley, la decretada en el curso del juicio".

Formula el recurrente cuatro cargos, de los cuales el tercero hace consistir en lo siguiente:

Porque la sentencia viola "indirectamente, por aplicación indebida", los siguientes preceptos legales, que cita repetidamente en la demanda: arts. 721 (sic), 2521, 1758, 1765, 762, 768, 1622 y 32 del Código Civil; 1º de la Ley 51 de 1943, 5º de la Ley 120 de 1928; 593, 597 y 603 del Código Judicial, y dice "niega el Tribunal en su sentencia a mi poderdante el derecho a oponerse a la declaración solicitada por los demandantes y sentencia que éstos han adquirido el inmueble dicho por prescripción extraordinaria. Pero aquella negativa y esta condenación proceden de no haberse apreciado o de haber apreciado erróneamente las siguientes pruebas:

"a) La copia de la escritura Nº 3472 de 20 de octubre de 1939 de la Notaría 1ª de Bogotá, de fs. 1 del c. p., por la cual Lupercio Reina vendió a Carlos Reina (sic) su mitad en el terreno litigioso, en la cual advierte que parte de esa mitad la hubo por compra a Segundo (sic) Clavijo;

"b) La copia de la escritura número 1187 de junio 26 de 1942, de la misma notaría, de fs. 2 del c. p., por la cual Rosa Elena Reina vende a los demandantes la otra mitad del mismo lote, advirtiendo que parte de esa mitad la hubo por compra a Salvador Basto y Facundo Clavijo;

"c) La copia de la escritura número 1900 de mayo de 1943 de la Notaría 4ª de Bogotá (del f. 5 y ss. del c. p.), por la que la misma Rosa Elena Reina vende a los mismos demandantes los derechos hereditarios que le corresponden en la sucesión de su tío Hipólito Reina, vinculados al mismo lote;

"d) La copia de la escritura número 228 de julio de 1942, de la notaría 1ª de Bogotá, de fs. 7 vuelto, por la cual Prudencia Aguado de Reina y nueve Reinas más venden unos y ratifican otros venta de derechos hereditarios en las sucesiones de Toribio y Dimas Reina vinculados al mismo predio. Es de observarse que éstos venden dominio y posesión;

"e) La copia de la escritura número 344 de 12 de febrero de 1947, de la notaría 5ª de Bogotá de fs. 11 y ss.) sobre adjudicación a Rosa Elena y Lupercio Reina, por partes iguales y proindiviso, de derechos en el juicio sucesorio de Vicente Reina y concretamente del derecho de pedir para la sucesión dicha, la declaración de pertenencia del lote mencionado. Consta en esta escritura que Vicente Reina reconoció derechos ajenos al declarar que era de la comunidad que para entonces (1939), tenía con los otros comuneros Dimas e Hipólito Reina. Expresamente limitó dicho testador a una tercera parte su derecho, al manifestar: "En esta zona de terreno soy comunero por derecho legal, como hijo legítimo de Toribio Reina y por posesión de más de 35 años **en una tercera parte** (subraya el recurrente) siendo los otros comuneros Dimas Reina e Hipólito Reina. Así mismo consta allí que otra tercera parte del lote se adjudicó a los señores Sergio Tulio y Joaquín Monroy. Finalmente los adjudicatarios declaran que se trata de una finca inexplotada e inexplotable y se obligan a transmitir parte de ella a los adjudicatarios que no se presentaron al juicio de que trata....."

El cargo, pues, lo hace consistir el recurrente en que el Tribunal dio por demostrado el hecho de que Miguel J. Neira, Carlos A. Neira y Román Quiñones T., han poseído, con ánimo de señor y dueño y por más de treinta años, pues a su posesión agregan la posesión de sus antecesores, el globo de terreno sobre que versa el litigio; y considera el Tribunal que este hecho está suficientemente demostrado tanto por las escrituras que presentaron los demandantes como por las declaraciones de los testigos, que obran en el proceso. Y afirma que con tales escrituras no se demuestra el hecho de la posesión y que por lo tanto incurre el Tribunal en error de hecho, al dar por acreditado un hecho no existiendo la prueba, que tal error aparece de modo manifiesto en los autos. Como consecuencia se violaron indirectamente los preceptos legales contenidos en los artículos 778, 2521 del Código Civil, 1º de la Ley 51 de 1943 y 5º de la Ley 120 de 1928.

La Corte considera:

El recurso de casación está instituído por la ley en el artículo 519 del Código Judicial, que dice:

"Con el fin principal de unificar la jurisprudencia nacional, pueden ser acusadas por medio del recurso de casación, las siguientes sentencias de los Tribunales Superiores en segunda instancia..

"2º—Las pronunciadas en los juicios ordinarios o que asuman este carácter....."

Comentando este artículo, para explicar el alcance del recurso de casación, dijo la Corte en sentencia de fecha 1º de junio de 1936, publicada en el Tomo XLII pág. 711 y 712, lo siguiente:

"El recurso de casación, buscando la finalidad principal de unificar la jurisprudencia nacional, se encamina, en cada caso particular, a estudiar y decidir si la ley sustantiva ha sido o nó violada por la sentencia de un Tribunal; la sentencia y la ley sustantiva aparecen enfrentadas en el recurso, y es defendiendo la ley, como la Corte casa o nó infirma la sentencia. La enmienda de los agravios inferidos a las partes por un fallo, del Tribunal, concepto meramente particular y privado, ya no es el fin principal del recurso de casación, sino únicamente la defensa de la ley, concepto general que aprovecha no sólo a las partes en juicio sino a la misma comunidad. Ese es a juicio de la Corte, el alcance del art. 519 del C. J.; al modificar el art. 149 de la Ley 40|1907, más amplio que el que hoy rige sobre el particular, puesto que consagraba dos finalidades en el recurso de casación, uniforme la jurisprudencia y enmendar los agravios inferidos a las partes, al paso que hoy no está consagrada sino una sola finalidad, uniformar la jurisprudencia aunque es obvio que consecuencialmente se enmienda el agravio inferido a las partes".

No es, pues, el recurso de casación una tercera instancia, pues el recurso se concreta a examinar la acusación que se hace por el recurrente a la sentencia de segundo grado. Es un litigio entre la sentencia y la ley y siempre que de ese litigio resulte que el Tribunal ha violado el estatuto legal de carácter sustantivo, la Corte debe restablecer el imperio de la ley violada y como consecuencia casar la sentencia. Cuando esto ocurre, la misma ley ordena que la Corte se convierta en Tribunal de instancia y debe dictar el fallo que haya de reemplazar al que fue infirmado en virtud de haber prosperado la acusación contra la sentencia.

Es pues necesario estudiar si la sentencia del Tribunal que ha sido materia del recurso de casación ha violado la ley, estudio que debe hacerse dentro del ámbito que a la Corte señala en su demanda la parte recurrente, porque "el recurso extraordinario de casación tiene, con más rigor que las instancias del juicio, el objeto, contenido y alcance que determina la parte que lo interpone, quien en realidad circunscribe y delimita la jurisdicción de la Corte, con la enunciación de sus acusaciones. Es obligatorio darle a la decisión del recurso la extensión fijada y solicitada por el recurrente en el sentido de conformar el fallo acusado a la ley, sin consideración a su propio interés voluntariamente contrariado... .. (Casación 7 de marzo de 1945, y 25 de mayo de 1949. Gaceta Judicial Tomos LVIII, página 646 y LXVI, página 93). Ahora bien: el Tribunal en la sentencia puede haber violado la ley sustantiva en forma indirecta o directamente. Ocurre la primera forma de violación, ya por error de hecho o por error de derecho, que se refiere siempre a la equivocación en que puede incurrir el Tribunal en el estudio de las pruebas que aparezcan en el juicio".

Bien puede ocurrir que el Tribunal al estudiar las pruebas las aprecie en tal forma que dá por demostrado un hecho cuando las pruebas estudiadas no lo establecen de modo evidente, o que, por el contrario, resuelva el Tribunal que determinado hecho no está probado, cuando las pruebas aducidas lo acreditan ciertamente. El sentenciador ha estudiado la prueba pero no ha visto lo que realmente ella dice, o ha creído ver lo que no existe. Este es el error de hecho que debe aparecer de modo manifiesto en los autos, porque como el Tribunal tiene una gran amplitud en la

estimación de las pruebas, no puede desvirtuarse esa amplitud, o soberanía del sentenciador, sino cuando de modo manifiesto aparece en los autos que ha incurrido en error.

En el error de derecho se trata de que el juzgador, siempre dentro del estudio del material probatorio, le dá a determinada prueba un valor que la ley no le reconoce o le niega el que la ley le asigna; es un error de orden jurídico que viola disposiciones legales sobre pruebas. En cualquiera de estos dos casos de error, ya de hecho o de derecho, el sentenciador viola la ley sustantiva en forma indirecta, pues tal violación emana del error en que incurrió cuando investigaba si los hechos del pleito estaban o nó probados. Viola la ley, como lo ha dicho la Corte "por contragolpe a causa de las equivocaciones que sufra el sentenciador en esa investigación".

Pero además de violación indirecta de la ley sustantiva, por los errores de hecho o de derecho, puede el juzgador violar la ley en forma directa, es decir, sin valerse del medio de los errores en el campo probatorio, pues "como se trata del agravio a la ley por fuera de esa tarea, el juzgador trabaja con los textos legales sustantivos únicamente y ante ellos enjuicia el caso; ya sabe si los hechos están probados o nó están probados, parte de la base de una o de otra cosa, y sólo le falta aplicar la ley a los hechos establecidos. Entonces puede violarla: a) por interpretación errónea, cuando no es clara; más, los textos, si acaso fueron claros al nacer, el tiempo, las trasformaciones de las costumbres y los cambios sociales y el avance de la jurisprudencia suelen enturbiarlos o hacerlos confusos o deficientes.....; b), por aplicación indebida, es decir, resolviendo con ella un caso no comprendido en ella; el intérprete la toma por la fuerza y la obliga a servir en la solución de la litis, que le es extraña; c) por falta de aplicación, debiendo aplicarla, porque para esto fue dictada, porque el caso está contenido en ella. Es la más categórica violación de la ley, llamada por ello, específicamente, infracción directa. Es el caso contrario al anterior, porque en vez de invocar el texto para aplicarlo en donde no cabe, lo repele para no aplicarlo en donde sí cabe". (Casación de 14 de febrero de 1955. Gaceta Judicial, Tomo LXXIX, pág. 551).

Ahora bien: como el recurrente en el caso **sub judice** y en el cargo que se estudia, acusa la sentencia por violación indirecta de la ley sustantiva, por error de hecho en la estimación de las pruebas, es preciso estudiar si el Tribunal se equivocó en el estudio de tales pruebas y si el error aparece de modo manifiesto en los autos para poder así decidir si prospera el cargo.

Afirma la sentencia en la parte motiva, y esta afirmación está de acuerdo con los términos de la demanda, que "se solicita aquí la declaratoria de pertenencia con base en la prescripción extraordinaria del artículo 2531 del C. C., que se funda únicamente en la posesión ininterrumpida de la cosa durante treinta años —en este caso todavía la treintena— y para la cual no es necesario título alguno y se presume de derecho la buena fe. Los actores aspiran a agregar a su posesión de la totalidad del inmueble, inclusive la tercera parte objeto de la oposición de la señora viuda de Monroy, la de sus antecesores".

Cita, en seguida, quiénes son, según el Tribunal, los antecesores de los demandantes en la posesión del inmueble y se refiere a las escrituras que ellos presentaron, así como a las declaraciones que se llevaron al juicio para demostrar la posesión de los actores, y dice:

"Estos testimonios, que fueron detenidamente analizados tanto por el señor Personero Municipal como por el señor juez de la causa, constituyen plena prueba o completa de la posesión exclusiva del inmueble a que se refiere la petición de pertenencia, sin interrupción de ninguna clase, pública y tranquilamente, ejecutando actos de dominio, primeramente por Vicente Reina, luego por sus herederos o sucesores a título universal, Luperio y Rosa Elena Reina, y finalmente, por los sucesores de éstos, a título singular, los hoy demandantes, durante un lapso que aunado arts. 778 y 2521 del C. C.), excede en mucho al término treintenario de la prescripción extraordinaria aplicable al caso".

La acción que ejercen los demandantes Miguel J. Neira, Carlos A. Neira y Román Quiñones, es la conocida con el nombre de acción de pertenencia, con base en la prescripción adquisitiva extraordinaria, prescripción que fundamentan en el hecho de haber poseído ellos y sus antecesores el inmueble en litigio por más de treinta años.

La prescripción, de conformidad con el artículo 2512 del Código Civil, "es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción."

El artículo citado distingue entre las dos clases de prescripciones la ususcapión, que se re-

fiere al modo de adquirir las cosas ajenas y la liberatoria, que se refiere a la extinción de las acciones o derechos ajenos. Como en el juicio que se estudia, la demanda de los actores se refiere a la prescripción adquisitiva extraordinaria, debe examinarse ésta a la luz de los principios consagrados por la ley y por la doctrina.

Enseña el artículo 2531 del Código Civil que puede adquirirse el dominio de las cosas comerciales que no hayan sido adquiridos por la prescripción ordinaria, mediante la prescripción extraordinaria, conforme a las reglas siguientes:

"1ª—Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno.

"2ª—Se presume en ella de derecho la buena fe sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio.

"3ª—Pero la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias:

"Primera. Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos treinta años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción.

"Segunda. Que el que alegue la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo".

Cuando la ley acepta como dueño de una cosa a quien la ha poseído materialmente durante el lapso legal extraordinario, sin haber tenido título de dominio, y presume de derecho que tal poseedor lo es de buena fe, siempre que tal posesión se haya ejercido en forma pacífica, pública y no interrumpida, y sin reconocer dominio ajeno, consagra el fenómeno de la usucapión que tiende a conferir y estabilizar el derecho de propiedad, así como a sanearlo de los vicios de que puedan adolecer sus titulaciones.

En el Traité Practique de Droit Civil Francais, dicen los expositores Planiol y Ripert:

"Los antiguos consideraban la prescripción como la patrona del género humano y la "Exposición de Motivos" del título de la prescripción dice que ella es "de todas las instituciones de derecho civil la más necesaria al orden social" Nada mas cierto. La prueba de la propiedad no sería posible si la usucapión no existiera.....

"La prescripción viene en ayuda del poseedor. Así, en la práctica, se utiliza como prueba de la propiedad..... ...."La usucapión está destinada a hacer cesar el divorcio entre la posesión y la propiedad, trasformando al poseedor en propietario.

"La usucapión juega un papel social considerable. Sin ella ningún patrimonio estará defendido de reivindicaciones imprevistas. Es cierto que con la usucapión se puede favorecer a un poseedor sin título y de mala fe, es decir, se amparará entonces una expoliación. Pero esto es raro y más raro aún que el propietario que ha sido despojado por efecto de la usucapión, esté exento de negligencia.

"Siempre habrá tenido un plazo suficiente para rechazar la usucapión cometida contra él y para defenderse. Los resultados contrarios a la equidad que por suerte puedan producirse, no pueden balancear las ventajas decisivas que la usucapión procura todos los días. La posesión capaz de conducir a la adquisición de la propiedad es la verdadera posesión "'ánimo domini". (Obra citada, página 636-37).

El autor A. von Tuhr, en su obra "Tratado de las Obligaciones", se expresa así:

"En la prescripción, como en la institución real de la usurpación (usucapión), análoga a ella, el legislador reconoce la virtud curativa del tiempo. Un estado contrario a derecho se convierte a fuerza de durar mucho, por ese poder inherente a la vida real, en un estado de cosas legítimas". (Página 175, T. II).

En estos principios se inspira la legislación colombiana y por eso el Código Civil reconoce como dueño a quien ha poseído una cosa, con ánimo de señor y dueño, durante el lapso de la prescripción extraordinaria, ejerciendo actos de aquellos que sólo pueden ser cumplidos por el propietario.

Pero la continuidad en la posesión no se refiere necesariamente a una sola persona, pues sucede a menudo que no sea ella quien ha poseído la cosa durante ese lapso, pues en un tiempo tan dilatado bien puede suceder que la cosa haya pasado a poder de distintos poseedores. Por esta razón la ley concede a los poseedores el beneficio de agregar el tiempo de posesión ejercida por distintas personas para completar así el lapso que se requiere para adquirir por prescripción extraordinaria. Esta materia de la agregación de posesiones está reglamentada por los artículos 778 y 2521 del Código Civil. Claro es que quien pretenda agregar al tiempo de su posesión el tiempo de la posesión de sus antecesores, debe correr con las contingencias de los vicios que hayan podido afectar las anteriores posesiones.

Es preciso que en la cadena de poseedores durante el lapso legal, no se haya reconocido, como es obvio, dominio ajeno, porque faltaría el **animus domini**, que es elemento esencial de la posesión.

Bien se comprende que una institución de tal naturaleza y de tan marcada importancia en la vida social, debe estar sujeta a la más estricta reglamentación y por esto la ley es particularmente exigente en cuanto a la prueba que debe dar quien aspira a convertirse en dueño alegando en su favor la usucapión.

La ley 120 de 1928 consagró en pro de quien tenga en su favor una prescripción adquisitiva de dominio, la acción para pedir la declaración judicial de pertenencia y reglamentó el procedimiento que debe seguirse en el trámite del juicio a que dé lugar la susodicha acción de pertenencia.

El artículo 10 del estatuto citado dice que cuando un tercero o el Agente del Ministerio Público se opongan a la acción iniciada, se debe seguir "con el opositor un juicio ordinario por todos sus trámites", y el artículo 11 ordena que en ese juicio ordinario el opositor será considerado como demandante si no está en posesión de la finca.

Comentando el artículo 5º de la ley 120, dijo la Corte en sentencia de casación de fecha 11 de octubre de 1945, publicada en el tomo LIX, pág. 712, lo siguiente:

"Para que el juez pueda hacer la declaración de pertenencia por prescripción adquisitiva, es obvio que quien aspira a ella tiene que presentarle las pruebas de que ha poseído realmente el inmueble por el tiempo requerido para la prescripción y por medio de los hechos positivos que dan derecho al dominio según el C. C. Así lo exige el artículo 5º de la ley 120 de 1928. Y es claro que está obligado a presentar esas pruebas, porque como en esta clase de juicio el que promueve la acción puede, en cierto modo, escoger a su arbitrio al demandado, si no se le exigieran aquellas pruebas cualquiera podría valerse de este procedimiento para obtener, en connivencia con el demandado, la declaración de pertenencia que determinado inmueble, aún sin ser poseedor de él. Por otra parte: es cierto que el artículo 11 de la ley dá al opositor en esta clase de juicios la calidad de demandante si no está en posesión de la finca, y como demandante tiene que probar su derecho. Pero si ninguna prueba aduce, ello no es suficiente para declarar la pertenencia por prescripción en favor de quien promovió el juicio, porque el promotor de la acción también debe probar, por su parte, la posesión por el tiempo y con las condiciones requeridas para adquirir por prescripción. Hay una a manera de juicio doble cuando se presenta como opositor, de tal modo que el deber que tiene cada parte de probar su derecho o los hechos que le incumben no exime a la otra parte de la carga de la prueba en lo que le corresponde".

Y la Sala de Negocios Generales, en sentencia de 6 de julio de 1950, (Gaceta Judicial, Tomo LXVII, pág. 691), se expresó así, refiriéndose al artículo 11 de la misma ley 120:

"Conforme al art. 11 de la ley 120 de 1928 "el opositor en este juicio (el de pertenencia por haber adquirido por prescripción), será considerado como demandante si no está en posesión de la finca; de donde se sigue que, trabada la controversia en tales circunstancias, el fallo con que se decida no puede limitarse —como a primera vista parece— a la simple calificación de la prueba sobre posesión por el tiempo que la ley prescribe, para declarar o negar la usucapión, si no ha de comprender también, y para análogos efectos, la del dominio pretendido por el demandante opositor".

Las consideraciones anteriores son pertinentes para aplicarlas al caso **sub judice.**

En efecto, como se dijo atrás, Miguel J. Neira, Carlos A. Neira y Román Quiñones se pretenden dueños del terreno en litigio y afirman que tienen ese carácter por haber adquirido el derecho de dominio por la prescripción adquisitiva extraordinaria, pues afirman que ellos y sus antecesores han completado más de treinta años de quieta, pacífica y no interrumpida posesión por ese lapso; por su parte la opositora alega que ella es dueña de una tercera parte, en común y proindiviso en el terreno ameritado, y por eso, se opone, en cuanto a esa tercera parte se refiere, a que se hagan las declaraciones que piden los actores.

El Tribunal acepta que los demandantes han probado, con los elementos de juicio que se presentaron al proceso, el hecho de haber poseído ellos y quienes fueron sus antecesores, durante más de treinta años, el terreno de que se ha hablado; y dice que la opositora, con las pruebas que presentó y que representa todo su acervo defensivo, "no puede detener la viabilidad de la acción declarativa de pertenencia por cuanto estos títulos no demuestran nada en relación con la posesión material del bien de que se trata, po-

sesión que los actores hacen arrancar probadamente desde hace más de treinta años".

Dentro de la acusación que se hace a la sentencia del Tribunal, procede a estudiar si realmente los actores Miguel J. Neira y Carlos A. Neira y Román Quiñones T., probaron el hecho de la posesión en las condiciones que la ley estatuye, para que se declare en su favor la prescripción adquisitiva.

Afirman los actores Neira (Miguel J. y Carlos A.) y Quiñones, que la posesión de ellos, sumada a la de sus antecesores Lupercio Reina y Rosa Elena Reina, y estos últimos sucesores de Vicente Reina, abarca un lapso mayor de treinta años; y para demostrar que ellos son sucesores de los citados Lupercio y Rosa Elena y de Vicente Reina, quienes dicen los actores que poseyeron el terreno en forma tal que su posesión puede agregarse a la de los actores para completar treinta años, presentaron las copias de las escrituras números 3472 de 20 de octubre de 1939 de la notaría 1ª de Bogotá; 1847 de 26 de junio de 1942 de la misma notaría y 344 de 12 de febrero de 1947 de la notaría 5ª de Bogotá. Estas escrituras fueron aceptadas por el Tribunal como pruebas suficientes de la agregación de posesiones, para despachar favorablemene las súplicas de la demanda.

De las citadas escrituras aparece lo siguiente:

En la señalada con el número 3472 de 20 de octubre de 1949, otorgada ante el notario 1º de Bogotá, Lupercio Reina vende a Carlos A. Neira la mitad del terreno llamado "Canteras de la Reina"; por la escritura número 1847 de 26 de junio de 1942, otorgada ante el notario 1º de Bogotá, Rosa Elena Reina viuda de Quintero vende, por partes iguales, a Miguel J. Neira, Carlos A. Neira y Román Quiñones Trujillo, los derechos de dominio equivalentes a la mitad proindiviso en el mismo globo de terreno conocido con el nombre de "Cantera de los Reina". De acuerdo con las dos escrituras relacionadas, la totalidad del terreno mencionado habría quedado de propiedad de Miguel J. Neira, Carlos A. Neira y Román Quiñones, en común y proindiviso.

Dice el tradente Lupercio Reina que adquirió la mitad del terreno "en primer término de la adjudicación que se le hizo en el juicio de sucesión de su padre Vicente Reina que cursa en el Juzgado Sexto Civil de este circuito, y en segundo lugar, por compra que hizo al señor Facundo Clavijo, según escritura pública número dos mil cuatrocientos uno (2.401) de fecha tres (3) de octubre en curso (1939) otorgada en la notaría segunda (2ª.) de este circuito."

Rosa Elena Reina cita como títulos de adquisición de los derechos que vende, las siguientes: escritura número 2892 de 23 de septiembre de 1938 de la notaría primera de Bogotá y escritura número 1934 de 26 de septiembre de 1939 de la notaría tercera de Bogotá, por las cuales compró Rosa Elena Reina a Salvador Basto S. y a Facundo Clavijo, los derechos que vende, y agrega "y están vinculados a la herencia o causa mortuoria de su padre Vicente Reina....."

Lupercio Reina en la escritura número 3472 dice: "Queda a cargo del comprador el arreglo definitivo y la liquidación material de la cuota parte del predio general que corresponda al Coronel Miguel J. Neira, por virtud de la compra hecha a los causahabientes de Dimas Reina.... en todo aquello que afecte o pueda afectar la mitad del globo de tierra que por la presente se vende."

Ni la escritura número 2401 de 3 de octubre de 1939, por la cual dice Lupercio Reina que adquirió de Facundo Clavijo, ni las escrituras números 2892 de 23 de septiembre de 1938 y 1934 de 26 de septiembre de 1939, por las cuales afirma Rosa Elena Reina que compró a Salvador Basto S. y a Facundo Clavijo, se presentaron al juicio y por lo tanto no se sabe a cuáles bienes se refieren tales escrituras.

Es lo cierto que tanto Lupercio Reina como Rosa Elena Reina, y como lo aceptan los actores, dicen vender a Carlos A. Neira, la segunda y a Miguel J. Neira, Carlos A. Neira y Román Quiñones, el primero, cada uno el derecho de dominio equivalente a la mitad del terreno en litigio, y relacionan como título de adquisición que se les hizo en la mortuoria de su padre Vicente Reina.

Entonces procede a estudiar cuál fue la adjudicación hecha a los citados Lupercio y Rosa Elena Reina en la sucesión de su padre Vicente Reina, así como determinar si el citado Vicente Reina poseyó el terreno "Canteras de los Reina", sin reconocer dominio ajeno, es decir, con ánimo de señor y dueño, durante el tiempo necesario para que su posesión, sumada a la de sus herederos Lupercio y Rosa Elena y ésta agregada a la de los demandantes Neira y Quiñones, completan el término de treinta años, indispensable para que puedan adquirir por usucapión extraordinaria.

La escritura número 344 de 12 de febrero de 1947 de la notaría 5ª de Bogotá, contiene la protocolización de la causa mortuoria de Vicente Rei-

na, y en la copia de tal instrumento, que fue presentado por los demandantes en el presente juicio, aparecen las siguientes piezas, que tienen especial importancia en el asunto que se debate:

Copia de la cláusula cuarta del testamento otorgado por Vicente Reina, según escritura número 1594 de 9 de septiembre de 1936 de la notaría primera de Bogotá, y copia parcial del trabajo de partición y adjudicación de bienes practicado en la sucesión del citado Vicente Reina; en esta última puede leerse:

"Hijuela de la señora Rosa Elena Reina v. de Quintero y del señor Lupercio Reina. Para pagarles a estos dos herederos sus hijuelas, se les adjudica: Primero..... Sexto. Así mismo se les adjudica a los dos herederos Lupercio Reina y Rosa Elena Reina v. de Quintero, en común y proindiviso, el derecho inventariado en la partida quinta de la respectiva diligencia y tal como está determinado allí ese derecho, para cuyo efecto se transcribe exactamente lo que dice dicha diligencia: Partida quinta. El derecho que tenga o pueda tener la sucesión a pedir que por los trámites establecidos por la ley 120 de 1928, sobre prescripciones y registro de la propiedad, que se declare que ha ganado por este medio el dominio de la finca a que se refiere el testamento del causante en su numeral cuarto.

"En este testamento, que consta en escritura número 1594 de 9 de septiembre de 1936 de la notaría primera de Bogotá, se dice: "Cuarto. Declaro que desde hace más de treinta y cinco años vengo poseyendo quieta y pacíficamente, haciendo mejoras dentro de él, una zona de terreno constante de setencientas fanegadas aproximadamente, denominada la "Cantera", situada arriba de la iglesia de La Peña y cuya zona poseyeron anteriormente mis padres Toribio Reina y Luisa Matías y antes fue adquirido por compra hecha por los señores Toribio, Pablo y Manuel Reina, al señor Octavio Sayer, según escritura número 394 de 24 de agosto de 1880 de la notaría segunda de Bogotá, y en cuya escritura constan los respectivos linderos. En esta zona de terreno soy comunero por derecho legal, como hijo legítimo de Toribio Reina y por posesión de más de treinta y cinco años en una tercera parte, siendo los otros comuneros Dimas Reina e Hipólito Reina".

"Es de adviertir que en la sucesión de Manuel Reina, protocolizada en la notaría cuarta de Bogotá, por escritura número 2172 de 1926, fue avaluada la tercera parte de todo el globo en ciento cincuenta pesos, suma por la cual se adjudicó a Sergio Tulio Monroy y que, en la sucesión de Pablo Reina, protocolizada en la notaría segunda de Bogotá, por escritura número 1156 (sic) es la número 1155) de 12 de agosto de 1921, se adjudicó a Joaquín y a Sergio Tulio Monroy otra tercera parte. El globo en general está alinderado así:..... Se trata de una finca constituída en su gran mayoría por rocas, sin capa vegetal, y sólo en sus hondonadas puede habilitarse en parte, para la agricultura. Dentro de la finca existen dos ranchos pajizos, viejos, en mal estado y una cerca de alambre en parte..... Séptimo.... Observaciones. Es entendido que las piezas adjudicadas, con el correspondiente terreno quedan de propiedad exclusiva de los adjudicatarios, separadamente. Los herederos deberán hacerles las correspondientes escrituras de traspaso a los otros asignatarios que no se han presentado en este juicio, si ellos así lo solicitaran. No se hizo hijuela de deudas y gastos porque así lo quieren los interesados..... Los dos únicos interesados, mayores de edad y vecinos de Bogotá firman conmigo este trabajo en señal de que lo consienten.

"Dejo así verificado este trabajo de partición y de acuerdo con los interesados solicito atentamente que le importan (sic) su aprobación. Señor Juez, (fdo.) Leonidas Castillo, Rosa Elena Reina vda. de Quintero, T. de I. Nº 5076 de Bogotá. Lupercio Reina".

De la manifestación clara e inequívoca que hace Vicente Reina en su testamento, se deduce que dicho señor reconoce que es comunero por derecho legal como hijo legítimo de Toribio Reina y por posesión de más de treinta y cinco años, en una tercera parte, siendo los otros comuneros Dimas Reina e Hipólito Reina, y se advierte que a Sergio Tulio Monroy se le adjudicó en al sucesión de Pablo Reina otra tercera parte. Esto quiere decir que el testador Vicente Reina reconoce dominio ajeno sobre una tercera parte en común y proindiviso en el terreno llamado "La Cantera", y este reconocimiento de dominio ajeno data del año de 1936. Luego no puede afirmarse, como lo hace el Tribunal, que la posesión de los actuales aspirantes a que se les declare dueños de todo el globo de terreno por prescripción adquisitiva abarque más de treinta años, toda vez que en 1936 Vicente Reina dice que él posee hace más de treinta y cinco años una tercera parte del terreno, y dice quiénes son los otros condueños.

Entonces, si a partir del año de mil novecientos treinta y seis Vicente Reina hubiera principiado a poseer todo el terreno con ánimo de señor y dueño, y después sus herederos Lupercio

y Rosa Elena Reina hubieran continuado en esa posesión con el mismo ánimo, y de quienes son sucesores Miguel J. Neira, Carlos A. Neira y Román Quiñones, no aparece por ninguna parte que del día seis de julio de mil novecientos cuarenta y nueve, fecha en que fue notificada la demanda de oposición formulada por Ana Tulia Guarín de Monroy a los demandantes Neiras y Quiñones, contando hacia atrás, se hubiese cumplido el lapso requerido por la prescripción extraordinaria, que en este caso sería de treinta años.

Se llega así a la conclusión de que de las pruebas presentadas, y que consisten en las escrituras públicas que se citan atrás, no está demostrado que por la agregación de posesiones, primero por parte de Vicente Reina, luego de sus herederos Lupercio Reina y Rosa Elena Reina y por último de los demandantes Miguel J. Neira, Carlos A. Neira y Román Quiñones T., se hubieran completado treinta años de posesión exclusiva para que los demandantes citados puedan alegar en su favor la prescripción adquisitiva del dominio de todo el globo de terreno que es materia del presenten litigio; y, como el Tribunal en la sentencia recurrida dio por probado el hecho de la posesión exclusiva por más de treinta años, fundándose para ello en las pruebas analizadas en este fallo, la conclusión es la de que el Tribunal dio por probado un hecho que no lo está, la posesión exclusiva sobre la totalidad del fundo, al apreciar equivocadamente las pruebas, lo cual aparece de modo claro y manifiesto en los autos. Vale decir que el Tribunal cometió error de hecho en la apreciación de las pruebas y por ese error incurrió en violación indirecta de las disposiciones legales sustantivas que contienen los artículos 778 y 2521 del Código Civil y de los artículos 2º de la ley 120 de 1928 y 1º de la ley 51 de 1943.

Rectificando doctrinalmente al Tribunal, conviene observar que la opositora Ana Tulia Guarín v. de Monroy no estaba en la obligación de demostrar que hubiera ejercido actos de posesión sobre el terreno de que se ha tratado, pues ella no alega la condición de poseedora, sino que, con sus títulos de dominio, se opone a las pretensiones de los actores. Es a éstos a quienes correspondía probar los hechos determinantes de la prescripción adquisitiva que en su favor alegan.

Por lo tanto, el tercer cargo formulado por el recurrente es fundado y, por ese concepto, la sentencia debe ser casada.

No es necesario estudiar las demás causales de la demanda de casación, al tenor de lo dispuesto por el artículo 538 del Código Judicial.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el día 2 de septiembre de 1953, en el juicio sobre pertenencia iniciado por Miguel J. Neira, Carlos A. Neira y Román Quiñones, y como Tribunal de instancia,

Resuelve:

Se revoca la sentencia dictada por el Juez 7º Civil del Circuito de Bogotá el ocho de octubre de mil novecientos cincuenta y dos, y como consecuencia, se declara:

1º—Miguel J. Neira, Carlos A. Neira y Román Quiñones T., son dueños de las dos terceras partes prondiviso, a prorrata de sus respectivos derechos, por haberlos adquirido por medio de la prescripción extraordinaria, en un globo de terreno ubicado en la ciudad de Bogotá, conocido con el nombre de "Cantera de los Reina" y que tienen éstos límites: "desde un mojón de piedra grande señalado con siete barrazos que se halla en la angostura donde pasa una cerca de piedra; de esta piedra tomando a la derecha por una cuchilla arriba a dar con la Peña Vieja, donde está una piedra que parece machón; de ésta, vista al oriente hasta llegar a la cumbre del cerro más alto que divide con el terreno de San Agustín, hoy de la Capellanía de Monserrate; de aquí, toda la cuchilla de este cerro circulando a la izquierda hasta llegar a la Peña de los Buitres; de aquí, vista al poniente por la cima del cerro donde se halla una cantera hasta llegar a una piedra que llaman del Queso y de ésta adelante, como distancia de una cuadra a dar a otra piedra que queda encima de la cabecera de un zanjón; éste abajo hasta pasar por la cerca de piedra señalada con siete barrazos";

2º—Ana Tulia Guarín v. de Monroy es dueña, en común y proindiviso, de una tercera parte del terreno determinado en el punto anterior;

3º—Regístrese esta sentencia en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo dis-

puesto en los artículos 2534 y 2652, ordinal segundo, del Código Civil, y ;

4º—Se condena a los demandantes Miguel J. Neira, Carlos A. Neira y Román Quiñones T., en una tercera parte del valor de las costas correspondientes a las dos instancias del juicio, y en favor de la opositora Ana Tulia Guarín v. de Monroy.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y vuelva el expediente al Tribunal de origen.

José Hernández Arbeláez. — Manuel Barrera Parra. — José J. Gómez R. — Julio Pardo Dávila.

Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

OPOSICION A LA ADJUDICACION DE UNOS TERRENOS BALDIOS. — PARCIALIDAD DE INDIGENAS

1.—El artículo 775 del Código Civil simplemente contiene una definición, esto es, tiene un carácter meramente descriptivo y, por consiguiente, no dá motivo a casación en la causal primera.

2.—El artículo 606 del Código Judicial es disposición de régimen probatorio cuya infracción por sí sola no da base a la casación.

3.—La Sala considera que es cierto, como lo dice el recurrente, que el artículo 3º de la ley 60 de 1916 prohibe adjudicar terrenos ocupados por indígenas, y que de conformidad con la resolución ministerial que declaró inexistente el Resguardo de Consacá, "no podrán adjudicarse los terrenos de la parcialidad a personas extrañas a la misma", pero que como lo observa el Tribunal, la citada disposición legal "en el fondo, no hace sino ratificar el principio general de la adjudicación de los baldíos a los ocupantes a título de colonos; si los indios ocupan baldíos, es obvio que la adjudicación debe hacerse a ellos y no a terceros".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, a treinta de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pasto en el juicio ordinario promovido por Julio Arboleda contra Heriberto Mingán, sobre oposición a la adjudicación de unos terrenos baldíos.

Antecedentes

Heriberto Mingán, en memorial de 11 de julio de 1951, pidió al Ministerio de Agricultura, por conducto del alcalde municipal de Consacá, la adjudicación de dos predios denominados "El Montegrueso" y "Cañabraval", situados en el extinguido resguardo de Consacá, Municipio del mismo nombre, en el Departamento de Nariño (C. 1º, f. 3).

Cumplidas las diligencias administrativas ante el alcalde de Consacá y llegado el expediente al Ministerio de Agricultura, éste, por medio de la resolución de 23 de enero de 1952 y en virtud de **oposición formulada por Julio Arboleda**, ordenó enviar el expediente al juez del circuito en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 2º de la ley 97 de 1946, 4º y 5º del decreto 547 de 1947.

En demanda presentada al Juzgado del circuito de Pasto, Julio Arboleda, por medio de apoderado, pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

a) Que Heriberto Mingán no tiene derecho a que se le adjudiquen, a título de cultivador o colono, los terrenos baldíos denominados "Montegrueso" y "Cañabraval"; b) que el demandante tiene derecho a la adjudicación de dichos terrenos por haberlos poseído, desde 1917 el de "Montegrueso", y desde 1934 el de "Cañabraval"; y c) que, en consecuencia, el Ministerio de Agricultura debe expedir el correspondiente título de adjudicación al demandante.

Expone en resumen la demanda: que el demandante es antiguo adjudicatario de los mencionados terrenos y ha estado en posesión de ellos desde las fechas ya indicadas: que esos terrenos hacían parte del Resguardo de Indígenas de Consacá, declarado inexistente por resoluciones números 29 de 5 de diciembre de 1950 y 32 de 7 de mayo de 1951 del Ministerio de Agricultura; que Mingán no ha poseído los mencionados terrenos; y que el demandante es indígena de la parcialidad de Consacá.

El demandado, por medio de apoderado, propuso demanda de reconvención, en la cual pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

a) Que el contrademandado no es indígena, "sino que forma parte de la clase blanca"; b) que de conformidad con las resoluciones números 29 de 1950 y 32 de 1951 del Ministerio de Agricultura, Arboleda no tiene derecho a la adjudicación de los mencionados terrenos, poseídos por Heriberto Mingán como indígena adjudicatario; y c) que Arboleda debe pagar los perjui-

cios ocasionados con la oposición, lo mismo que las costas del juicio.

La sentencia de primera instancia absolvió al demandado de los cargos de la demanda principal y al contrademandado de los formulados en la demanda de reconvención.

Apelado este fallo por ambas partes para ante el Tribunal Superior de Pasto, éste, tramitada la instancia, lo revocó y en su lugar resolvió: "Primero. Julio Arboleda, mayor de edad, vecino de Consacá, miembro de la Parcialidad de Indígenas del mismo Municipio, tiene mejor derecho que Heriberto Mingán, mayor de edad y del mismo vecindario, para que se le adjudiquen por el Ministerio de Agricultura y Ganadería, a título de colono, las parcelas 'Montegrueso' y 'Cañabraval', ubicadas en Consacá, y comprendidas dentro de las siguientes lindes (aquí ellas). Segundo. Ejecutoriado este fallo, el funcionario respectivo remitirá el expediente al Ministerio de Agricultura y Ganadería, para los fines indicados en la declaración anterior. Tercero. Se absuelve a Julio Arboleda de los cargos de la demanda de reconvención. Cuarto. Sin costas en esta instancia ni en la primera".

Encuentra el sentenciador plenamente demostrados los siguientes hechos:

"1º—En la diligencia de fecha 13 de agosto de 1917, el Cabildo de Indígenas de la Parcialidad de Consacá dio posesión a Julio Arboleda del lote denominado 'Montegrueso', con reserva del usufructo para su madre Espíritu Rosedo (f. 46 vto., cuad. número 4).

"2º—El 16 de julio de 1934, el mismo Cabildo confirió la posesión al nombrado Julio Arboleda de otro lote de terreno antes poseído por los indígenas Mocondinos (fs. 48, cuad. 4º).

"3º—Mediante acuerdo número 5 de 17 de abril de 1950, el Cabildo de Indígenas de Consacá, previa declaración de vacancia, resolvió adjudicar los terrenos 'Montegrueso' y 'Cañabraval' a Heriberto Mingán, por los lindes que constan en la diligencia de entrega de 1º de mayo del mismo año (fs. 2 y 3 del cuad. 3º).

"4º—Por memorial de 11 de julio de 1951, Heriberto Mingán solicitó al Ministerio de Agricultura, por conducto del Alcalde de Consacá, la adjudicación de las citadas parcelas.

"5º—Como en el momento en que el Cabildo de Consacá hizo la adjudicación de los lotes a Heriberto Mingán, el Ministerio de Agricultura tenía a su estudio la petición para que se declarara la inexistencia de los terrenos de resguardo, varios parcialistas, entre otros Julio Arboleda, solicitaron se les amparara en la posesión de los predios, de los cuales habían sido despojados por recientes adjudicaciones del Cabildo.

"6º—En virtud de la dicha reclamación, el Ministerio de Agricultura ordenó al Alcalde de Consacá diera la protección del caso a los antiguos adjudicatarios u ocupantes de las parcelas, por medio de los oficios número 2010 de marzo de 1951 y número 4299 de 30 de mayo del mismo año (fs. 41 y 42 del cuad. número 4).

"7º—Para hacer efectivas las anteriores órdenes, el Subsecretario de Gobierno del Departamento se trasladó a Consacá, el 26 de abril de 1951; y en el acta respectiva se lee el siguiente aparte del oficio del Ministerio de Agricultura al Alcalde de Consacá: 'Especialmente usted debe hacer respetar los derechos de los usufructuarios para que no sean despojados de sus parcelas y cultivos arbitrariamente. Se tiene noticia de que, por ejemplo, han perdido las posesiones de sus parcelas los siguientes indígenas: ...Julio Arboleda R. de los terrenos denominados 'Montegrueso' 'Cañabraval' y 'Guaico del Cementerio'. El Subsecretario ordenó al Alcalde procediera a cumplir con lo dispuesto por el Ministerio de Agricultura, como así lo hizo este funcionario en providencia de 2 de mayo del mismo año (fs. 45 vto. y 46 del cuad. 4).

"8º—El Ministerio de Agricultura, mediante la Resolución número 29 de 5 de diciembre de 1951, dispuso: '**Primero**: declárase que el resguardo de Consacá, situado en jurisdicción del Municipio de Consacá, Departamento de Nariño, y cuyos linderos se transcriben a continuación, carece de la titulación para tener la calidad de resguardo de indígenas conforme a la Ley 89 de 1890 y el Decreto 74 de 1898 y que, en consecuencia, sus terrenos no han salido del patrimonio del Estado... **Segundo**: que los indígenas que componen la Parcialidad de Consacá, según los respectivos censos, tienen derecho a que se les adjudique la parte que tengan ocupada con cultivos o ganados y otro tanto del terreno adyacente inculto, si lo hubiere, en la forma establecida por las leyes vigentes sobre baldíos. **Tercero**: que de acuerdo con el artículo 3º de la Ley 60 de 1916, no podrá adjudicarse los terrenos de la Parcialidad a personas extrañas de la misma'. (Fs. 35 vto. y 36, cuad. número 4º).

"9º—Por Resolución número 32 de 7 de mayo de 1951, el Ministerio de Agricultura reformó la anterior providencia, pero únicamente en cuanto a las lindes de los terrenos de Resguardo, confir-

mándola en lo demás (fs. 36 vto., cuad. número 4º).

"10. — Las parcelas 'Montegrueso' y 'Cañabraval', mediante inspección ocular, fueron debidamente identificadas, como también se constató que se hallaban situadas dentro de los antiguos terrenos del extinguido e inexistente Resguardo (fs. 25, cuad. número 4º).

"11. — Julio Arboleda aparece inscrito en el censo de la Parcialidad de Indígenas de Consacá, elaborado en el año de 1925 y aprobado por la Gobernación del Departamento, según certificación del Alcalde del Municipio mencionado (fs. 50, cuad. número 4º).

"12.—Los testigos José Elías Basante, Virgilio Sapuyes y otros (fs. 19 a 23 del cuad. número 4º), declaran que Julio Arboleda ha estado en posesión de las parcelas 'Montegrueso' y 'Cañabraval', en su orden, desde 1917 y 1934, hasta la fecha en que rindieron su testimonio, con excepción del breve lapso en que fue despojado por el Cabildo de la Parcialidad, en virtud de la adjudicación hecha a Heriberto Mingán.

"13.—Heriberto Mingán, como hijo legítimo de Juan Mingán, miembro de la Parcialidad y Regidor 2º del Cabildo, tiene también la calidad de miembro de dicha Parcialidad (fs. 4 y 5 del cuad. número 3º).

"14.—Con los testimonios de José María Garzón, Manuel Córdoba, Segundo Velásquez y otros (fs. 18 a 26 del cuad. número 3º), Heriberto Mingán ha comprobado que estuvo en posesión de las parcelas 'Montegrueso' y 'Cañabraval', como consecuencia de la adjudicación hecha a él por el Cabildo de la Parcialidad, el 17 de abril de 1950".

Agrega el Tribunal: "Por el estudio de las pruebas, hecho antes, se ha demostrado que Julio Arboleda, desde 1917, ocupa el fundo 'Montegrueso'; y desde 1934, el llamado 'Cañabraval'; y mediante las declaraciones de los testigos citados, ha demostrado que su ocupación ha sido continua, con sementeras adecuadas al clima de la región. Lo dicho por Julio Arboleda, en las posiciones absueltas ante el Juzgado Municipal de Consacá (fs. 21, cuad. número 3º) en nada modifica su situación de colono, sino que, por el contrario, la ratifica al afirmar que ha vendido las mejoras de las parcelas a Otoniel Armero. En consecuencia, las dos primeras peticiones de la demanda se hallan debidamente fundadas".

En lo que respecta a la petición tercera de la demanda, después de transcribir el artículo 6º del decreto 547 de 1947, expone: que tal artículo se refiere al caso en que se haya resuelto el litigio en favor del solicitante, pero nada dispone en el caso contrario, esto es, cuando el fallo ha favorecido al opositor; que sin embargo, el silencio se explica porque el opositor bien puede no tener necesidad de título, por tenerlo ya; "mas si no fuere así, controvertido el mejor derecho en juicio ordinario, sujeto el punto a decisión expresa en virtud de la demanda, como una acción consecuencial, procede la resolución suplicada en la petición que se estudia".

Observa, por otra parte, que las formalidades administrativas ya quedaron cumplidas, a petición de Mingán, de tal manera que los hechos a que se refiere el artículo 1º de la ley 97 de 1946 aparecen comprobados, no sólo con la inspección ocular efectuada por el alcalde de Consacá sino con las pruebas practicadas en el juicio. Concluye que, "demostrado el mejor derecho del opositor, debe accederse a la petición o acción conexa de ordenar la expedición del título a quien ganó el pleito, por el Ministerio de Agricultura, sin nuevos formalismos, ya inútiles e innecesarios; además, en esta forma, se da exacto y cabal cumplimiento a lo resuelto por el mismo Ministerio en los puntos segundo y tercero, atrás copiados, de la parte dispositiva de la Resolución número 29 de 5 de diciembre de 1951".

La casación

El recurrente acusa el fallo por las causales primera y sexta del artículo 520 del Código Judicial.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, al descorrer el traslado que le fue conferido, se opone a la infirmación del fallo, en los términos siguientes: "Es jurídica la sentencia recurrida, y, por ello, solicito respetuosamente a esa H. Sala se sirva no casarla".

Se procede a examinar en orden lógico los cargos formulados en la demanda.

Causal sexta

Dice el recurrente que en el poder conferido por Arboleda sólo se facultó al apoderado para representarlo en el juicio ordinario, pero no para promover tal juicio, y que, por tanto, hay ilegitimidad de la personería.

Se considera:

a) Que al ordenar el Ministerio el envío de las diligencias al Juzgado del circuito para que se formalizara la oposición, ésta debía ventilarse por la vía ordinaria, de tal manera que al facultar Arboleda al apoderado para representarlo en juicio ordinario, claramente lo facultaba para presentar la correspondiente demanda; b) que, en el supuesto de que existiera un defecto en la personería, sólo podría ser alegado por la parte indebidamente representada; y c) que esa personería fue reconocida por auto que causó ejecutoria (artículo 450 del Código Judicial).

Visto lo cual, se desecha el cargo.

Causal primera

Con base en ésta, el recurrente acusa el fallo por varios extremos:

Primero. — Violación directa de los artículos 65 del Código Fiscal, según el cual "la propiedad de los baldíos se adquiere por su cultivo o su ocupación con ganados, de acuerdo con lo dispuesto en este Código"; y 6º de la ley 97 de 1946, conforme al cual para obtener la adjudicación de baldíos se requiere explotación actual por parte del solicitante. Dice, en resumen, el recurrente: que Arboleda no adquirió, de acuerdo con la diligencia efectuada el 13 de agosto de 1917, ni el título de usufructuario ni el de colono de los terrenos a que se refiere el juicio; que, en cambio, Mingán obtuvo la adjudicación de tales terrenos según acta de 1º de mayo de 1950, y que desde tal fecha viene ejecutando en ellos actos de explotación económica; y, que, en consecuencia, es Mingán y no Arboleda quien tiene derecho a la respectiva adjudicación.

Se considera:

Que la violación de los artículos 65 del Código Fiscal y 6º de la ley 97 de 1946 que el recurrente le atribuye al sentenciador, no es ni puede ser directa, ya que la decisión no aparece fundada en una negación o desconocimiento de los principios que las mencionadas disposiciones legales consagran, sino en un análisis de las pruebas aducidas por las partes en el juicio respecto de la ocupación y cultivo de los terrenos, de tal manera que la infracción, de existir, sería indirecta, es decir, proveniente de apreciación errónea o de falta de apreciación de tales pruebas, caso en el cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 520 del Código Judicial, "es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos".

Que el sentenciador, después de un pormenorizado análisis de todas las pruebas producidas en el juicio, que aparece en párrafos ya transcritos del fallo, llega a la conclusión de que es Arboleda quien tiene derecho a obtener la adjudicación de los referidos terrenos; y que tal conclusión subsiste en casación ya que contra ella no aparece formulado, en los términos exigidos por la ley, el cargo de errónea apreciación o falta de apreciación de determinadas pruebas que conduzcan a una violación de la ley sustantiva.

Que, por otra parte, entre los fundamentos del fallo se encuentra el siguiente: "los testigos José Elías Basante, Virgilio Sapuyes M., Julio Sapueyes y otros (fs. 19 a 23 del cuad. número 4º) declaran que Julio Arboleda ha estado en posesión de las parcelas de 'Montegrueso' y 'Cañabraval', en su orden, desde 1917 y 1934, hasta la fecha en que rindieron su testimonio, con excepción del breve lapso en que fue despojado por el Cabildo de la Parcialidad, en virtud de la adjudicación hecha a Heriberto Mingán"; y que este considerando se sustrae a la casación ya que no aparece impugnado por el recurrente.

Que, por lo dicho, no se acoge el cargo.

Segundo. — Violación de los artículos 775 del Código Civil, 606, 227 y 142 del Código Judicial. Expresa el recurrente que Arboleda declaró en posiciones: "Aclaro que tan no es cierto que en la actualidad el que está en posesión de esos terrenos se Otoniel Armero debido a que a este señor le vendí las mejoras que tenía de mi propiedad en ambos terrenos, pero yo los estoy trabajando de amediero del señor Otoniel Armero"; y agrega que el Tribunal, al decidir la adjudicación de los terrenos a favor de Arboleda "habiendo confesado éste que las tiene a nombre de Otoniel Armero, como amediero de éste, quebranta la disposición transcrita del Código Civil, porque le declara un derecho de dueño, siendo un simple tenedor, y además, el artículo 606 del Código de Procedimiento Civil", disposición que le atribuye valor de plena prueba a la confesión judicial.

Se considera:

A) En lo que respecta a la declaración de Arboleda:

Que éste, al ser interrogado en posiciones: "Diga si es cierto que desde el primero de mayo de 1950 hasta la presente fecha, Heriberto Mingán, como adjudicatario legítimo de los terrenos 'Montegrueso' y 'Cañabraval' viene en posesión tranquila y pacífica, ejecutando verdaderos actos de posesión económica y explotando dicho terreno, y entre otros actos hechos por el Sr. Heriberto Mingán en esos inmuebles, ha sido el cultivo de las plantaciones de café, plátano, yuca, aguacate, naranjos, la siembra de zanahoria, fríjol, maíz, matambre, y siembra de cafetos en ambos terrenos 'Montegrueso' y 'Cañabraval'?" Contestó: "No es cierto la pregunta, señor Juez. Aclaro que tanto no es cierto que en la actualidad el que está en posesión de esos terrenos es Otoniel Armero debido a que a este señor le vendí las mejoras que tenía de mi propiedad establecidas en ambos terrenos, pero yo lo estoy trabajando de amediero del señor Otoniel Armero".

Que en relación con la declaración transcrita, expresa el sentenciador: "lo dicho por Julio Arboleda en las posiciones absueltas ante el Juzgado Municipal de Consacá (fs. 21, cuad. número 3º), en nada modifica su situación de colono, sino que por el contrario, la ratifica al afirmar que ha vendido las mejoras de las parcelas a Otoniel Armero".

Que el recurrente no explica en qué clase de error, si de hecho o de derecho, incurre el Tribunal en la apreciación de la prueba a que se hace referencia;

Que según aparece en la transcripción hecha, Arboleda niega enfáticamente el hecho sobre el cual se le interroga, o sea el de haber sido efectuadas las mejoras por Mingán, y desconoce la posesión invocada por éste; agrega, para reafirmar su posición, que había vendido las mejoras a Armero y que se hallaba trabajando en los terrenos en calidad de aparcero. En otros términos: hace una declaración, no con el ánimo de reconocer la verdad de un hecho afirmado por la contraparte y perjudicial para el declarante, sino con la intención de defenderse, de donde se desprende que es acertada la apreciación que, sobre la declaración en referencia, contiene la sentencia recurrida en párrafo ya transcrito;

Que, por otra parte, la declaración de Arboleda podría incidir en las relaciones jurídicas creadas entre éste y Armero pero no en la controversia surgida entre Mingán y Arboleda sobre el mejor derecho a la adjudicación de los referidos terrenos; a lo que se agrega que la situación jurídica de Arboleda debe apreciarse en el momento de la demanda y no de conformidad con las variaciones que haya podido tener en el curso del juicio; y

Que, finalmente, el Tribunal no le reconoce a Arboleda la calidad de dueño de los terrenos como lo dice el recurrente, sino sólo la de ocupante para los efectos del derecho a obtener la adjudicación.

B) En lo que concierne a las disposiciones legales que el recurrente señala como violadas:

Que el artículo 775 del Código Civil simplemente contiene una **definición**, esto es, tiene un carácter meramente **descriptivo** y, por consiguiente, no dá motivo a casación fundada en la causal primera; a este respecto, confirma la Corte la doctrina conforme a la cual los preceptos legales que sólo dan definiciones "no son susceptibles de quebranto directo para los fines de la casación porque la idea de ley sustancial obra sobre normas atributivas o declarativas de derecho, y no sobre las que contengan la descripción legal de los fenómenos; mientras se otorgue a cada cual la protección que el derecho objetivo prevenga para las situaciones singulares, no hay transgresión de preceptos sustanciales aunque el juzgador haya discrepado y aun contradicho la noción de un acto, contrato o entidad jurídica que haya concebido el legislador". (G. J. LXII, p. 736); y

Que el artículo 606 del Código Judicial es disposición de régimen probatorio cuya infracción por sí sola no dá base a la casación, según muy conocida jurisprudencia de esta corporación; y que los artículos 227 y 142 del Código Judicial no son disposiciones sustantivas.

C) Por lo dicho, no se acoge el cargo.

Tercero. — Violación, por interpretación errónea, del artículo 3º de la ley 60 de 1916, según el cual "se prohibe la adjudicación de terrenos baldíos ocupados por indios". Se refiere el recurrente a la Resolución número 29 de 1950 ya citada, en la cual se dispuso "que de acuerdo con el artículo 3º de la Ley 60 de 1916 no podrán adjudicarse los terrenos de la Parcialidad a personas extrañas de las mismas".

Se considera

Que la calidad de indígena, perteneciente a la

comunidad de Consacá, por parte de Arboleda, la dedujo el Tribunal no de una errónea interpretación de la ley 60 de 1916, sino de una estimación de las pruebas que al respecto obran en autos. En consecuencia, se rechaza el cargo.

Cuarto. — Violación del artículo 3º de la ley 60 de 1916 como consecuencia de errónea apreciación "de la prueba relativa a la condición personal de Julio Arboleda, por cuanto lo considera miembro de una comunidad indígena, siendo así que Arboleda si por una parte no es oriundo del Municipio de Consacá, por otra el mismo ancestro, por sus apellidos demuestra que es individuo de clase blanca". Expone, por otra parte, que el sentenciador, al expresar que la ley 89 de 1890 "no tiene por fin establecer una discriminación racista; y así, no tiene ninguna consecuencia jurídica el hecho de que Julio Arboleda pertenezca a la raza blanca o a cualquiera otra", incurra en violación directa de la mencionada ley 89 de 1890. Agrega que Mingán, con el certificado del Alcalde de Consacá que se encuentra a folio 4 del cuaderno número 3, demuestra que Arboleda pertenece a la clase blanca, y que con declaraciones de testigos se acreditó el hecho de que Arboleda es extraño a la comunidad de indígenas del Resguardo de Consacá.

Se considera:

Que es cierto, como lo dice el recurrente, que el artículo 3º de la ley 60 de 1916 prohibe adjudicar terrenos ocupados por indígenas, y que de conformidad con la resolución ministerial que declaró inexistente el Resguardo de Consacá, "no podrán adjudicarse los terrenos de la Parcialidad a personas extrañas a la misma", pero que como lo observa el Tribunal, la citada disposición legal "en el fondo, no hace sino ratificar el principio general de la adjudicación de los baldíos a los ocupantes a título de colonos; si los indios ocupan baldíos, es obvio que la adjudicación debe hacerse a ellos y no a terceros".

Que el sentenciador, en relación con la calidad de miembro de la parcialidad de indígenas que le reconoce a Arboleda, expresa: "Julio Arboleda aparece inscrito en el censo de la parcialidad de indígenas de Consacá, elaborado en el año de 1925 y aprobado por la Gobernación del Departamento, según certificación del alcalde del Municipio mencionado (fol. 50, cuad. número 4)"; y en otra parte: "La atribución de formar los censos de los indígenas de una Parcialidad, está encomendada al respectivo Cabildo, conforme al ordinal 1º del artículo 7º de la ley 89: por tanto, la certificación expedida por el alcalde de Consacá, en la cual consta que Julio Arboleda es miembro de la Parcialidad, hace plena prueba, cualquiera que sea su raza".

Que, como acertadamente lo observa el señor Procurador Delegado en lo Civil, "de acuerdo con la Resolución número 29 del 5 de diciembre de 1950, del Ministerio de Agricutura y Ganadería, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 3º de la ley 60 de 1916, la adjudicación de los terrenos que componían la Parcialidad de Indígenas de Consacá sólo puede hacerse a aquellas personas que formaban parte de ella, **'según los respectivos censos'**. Ahora bien, de conformidad con lo ordenado en los artículos 35 y 36 de la ley 89 de 1890, y 1º y 4º de la ley 104 de 1919, debía formarse un censo o empadronamiento de las Parcialidades de Indígenas, dentro del término improrrogable de seis meses, censo que debía ser aprobado por el Gobernador del respectivo Departamento en los términos y condiciones allí indicados y, de consiguiente, aquellos individuos que no figuren en tales censos no pueden ser considerados como miembros de la Parcialidad correspondiente. Después de transcribir el certificado que se encuentra en autos, folio 50 del cuaderno número 4, concluye: "De lo anterior es desprende, pues, que el demandante Julio Arboleda sí se encuentra inscrito como miembro de la Parcialidad de Indígenas de Consacá".

Que el certificado que se encuentra a folio 4 del cuaderno número 3, citado por el recurrente, simplemente expresa que "con respecto a Julio Arboleda R., el censo anota como blanca a su madre Espíritu Rosero", pero que esta circunstancia no significa en manera alguna que Arboleda deba ser considerado como extraño a la Parcialidad de Indígenas de Consacá, pues, como ya se expresó, la calidad de miembro de tal Parcialidad se acredita como la inscripción en el correspondiente censo.

Que, por otra parte, es inadmisible el cargo de violación de la ley 89 de 1890, en los términos en que aparece formulado, es decir, sin señalar concretamente las disposiciones de dicha ley que se consideren quebrantadas; y

Que, por lo expuesto, no debe admitirse el cargo en referencia.

Quinto.—Violación "por aplicación indebida, de la ley 89 de 1890, por interpretación errónea de la misma ley y de la ley 60 de 1916, artículo 3º".

Insiste el recurrente en la aseveración de que Arboleda no es indígena y que por tanto no ha debido el Tribunal denegar las peticiones de la demanda de reconvención. A este respecto anota que el certificado del alcalde de Consacá, visible a folio 4 del cuaderno número 3, contradice el certificado del mismo funcionario que se halla a folio 50 del cuaderno número 4.

Se considera:

Que, como ya se ha expresado, no hay ninguna contradicción entre los certificados a que se refiere el recurrente. En ambos consta que Arboleda está inscrito en el censo de la comunidad de indígenas de Consacá, sin que la circunstancia de que la madre figure como blanca se oponga al hecho mismo de la inscripción, único que se requiere para poder obtener la adjudicación, como baldíos, de los terrenos correspondientes a dicha Parcialidad.

Que además, como ya se dijo, no es posible entrar a considerar el cargo de violación de toda una ley: el recurrente no señala concretamente cuáles son las disposiciones de la ley 89 de 1890 que juzga infringidas; y

Que, por tanto, se rechaza el cargo.

Sexto. — Violación de la ley 89 de 1890 y del artículo 65 del Código Fiscal. Repite el recurrente que Arboleda, de acuerdo con la resolución de adjudicación dictada en 1917, no adquirió el carácter de dueño ni el de usufructuario puesto que el usufructo quedó reservado a Espíritu Rosero.

Se considera:

Que esta acusación ya fue analizada; al respecto se repite que la decisión del Tribunal aparece fundada en un análisis de las diversas pruebas sobre ocupación de los terrenos, aducidas por Arboleda y no combatidas por el recurrente.

Que, a mayor abundamiento, se observa que, por lo que hace a la adjudicación del terreno de "Montegrueso", hecha a Arboleda en 1917, que en el acta respectiva se lee: "En estos términos se deja en posesión a Julio Arboleda y sujeto a todo servicio y demás costumbres de esta Parcialidad, teniendo en cuenta el disfrute y derecho a dichas posiciones será al tenor de la solicitud que será después de los días de su madre, o en caso de otro derecho que quisiere poseerlos dejará a Rosedo una posesión para que logre y usufuctúe hasta su fallecimiento y después de éste quedará el mismo manejo del posesionado. También se advierte que el servicio continúa con el posesionado y demás costumbres"; y que en la resolución de la Alcaldía de fecha 11 de septiembre de 1917 se expresa: "Apruébase el acta de traspaso y adjudicación de los terrenos referentes al indígena Julio Arboleda nuevo usufructuario, de conformidad con el artículo 79 de la ley 89 de 1890" (cuaderno número 4, folio 47). En el fallo recurrido se aprecia debidamente este documento, en los términos siguientes: "En la diligencia de fecha 13 de agosto de 1917, el Cabildo de Indígenas de la Parcialidad de Consacá dio posesión a Julio Arboleda del lote denominado 'Montegrueso' con reserva del usufructo para su madre Espíritu Rosedo"; al fallecer ésta, quedaba como único usufructuario el adjudicatario Arboleda.

Que en la adjudicación del terreno llamado "Cañabraval", hecha a Arboleda en 1934, no se hace ninguna salvedad (cuaderno citado, folios 48 y 49).

Que, conforme a la ley 89 de 1890, los indígenas eran simples usufructuarios de los terrenos.

Séptimo. — Violación de los artículos 1769 del Código Civil y 606 del Código Judicial. Se refiere el recurrente a la declaración de Arboleda sobre el hecho de ser aparcero en los terrenos de que se trata.

Se considera:

Que este cargo se analizó anteriormente; y que, por otra parte, el recurrente señala como violadas dos disposiciones sobre régimen probatorio pero no indica qué disposiciones de la ley sustantiva considera infringidas. Conforme a una jurisprudencia constante de la Corte, la sola infracción de disposiciones legales sobre pruebas no es suficiente para los efectos de la causal primera de casación.

Octavo.—Violación del artículo 1º de la ley 97 de 1946. Se refiere el recurrente a la declaración segunda de la sentencia, y anota al respecto que la ley 97 de 1946 "prescribe de modo claro que, para ser adjudicatario del Estado sobre tierras baldías, se requiere, como condición **sine qua non,** la de que el colono las ocupe en la fecha de la solicitud y por el lapso legal. Además, el pretenso aspirante debe indicar la clase de cultivos que mantiene, así como los demás requisitos de que trata el artículo 1º de dicha ley. Debe prac-

ticar la diligencia de inspección ocular, ordenada por el artículo 2º; y dentro de ese lapso, cualquier tercero puede ejercitar el derecho de oposición; pero al prescindir de tales formalidades, como lo aconseja el Tribunal Superior de Pasto, se llevaría de calle la ley 97 de 1946 y su decreto reglamentario".

Se considera:

Que Arboleda, al oponerse a la adjudicación solicitada por Mingán, alegó, no la calidad de dueño sino la de cultivador de los terrenos; y que el Ministerio de Agricultura, obrando de acuerdo con lo previsto en el artículo 5º del decreto 547 de 1947, ordenó la remisión del expediente al Juzgado para que ante él hicieran valer las partes sus respectivos derechos.

Que, así como consecuencia de la oposición formulada por Arboleda, surgió un juicio ordinario para decidir cuál de las dos partes —solicitante u opositora— tiene derecho a la adjudicación, como baldíos, de los mencionados terrenos.

Que el Tribunal decidió el litigio en favor de Arboleda por haber encontrado demostrada por parte de éste la calidad de cultivador, exigida por el artículo 1º de la ley 97 de 1946; y que así, las pruebas sobre tal calidad, administradas en el juicio, pueden servir de base a la adjudicación que corresponde ordenar al Ministerio sin que sea preciso repetir la práctica de ellas en las diligencias administrativas.

Que, por tanto, el Tribunal, al ordenar que el expediente se devuelva al Ministerio de Agricultura para los fines indicados en la primera declaración de la sentencia, no quebranta el artículo 1º de la ley 97 de 1946; se repite que el litigio versa sobre el mejor derecho a la adjudicación de terrenos baldíos.

Que, finalmente, lo expuesto no se opone a que el Ministerio pueda, al recibir las diligencias y antes de dictar la correspondiente providencia definitiva, pedir las ampliaciones que considere convenientes, como puede hacerlo cuando la oposición se decide en favor del solicitante. (Artículo 6º del decreto 947 de 1947).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia acusada.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Alberto Zuleta Angel — Ignacio Gómez Posse — Agustín Gómez Prada — Luis F. Latorre U. Ernesto Melendro L., Srio.

SALA DE CASACION PENAL

SOLICITUD DE EXTRADICION — AUTO DE DETENCION

1.—Hay un término para hacer cesar la detención del prófugo cuando la demanda de extradición aún no se ha formalizado (sesenta días en el Decreto 2.200 de 1938 o el de la distancia —que desde luego prevalece— en el Convenio Bolivariano), y existe otro para ordenar la libertad del mismo cuando el Estado requirente no ha dispuesto de él, no obstante haberse concedido la extradición (sesenta días en el Decreto 2.200 o noventa días —término que prevalece— en el Tratado). Ninguno de ellos hace referencia a la presentación de la demanda, que puede efectuarse en cualquier época. Sólo que si ella no se formaliza en la oportunidad debida, encontrándose en detención provisional el reclamado, al punto debe éste recobrar su libertad.

2.—Tanto el ordinal b) del artículo 709 del Código de Procedimiento Penal como el ordinal a) del artículo 1º del Decreto 2200 exigen, para que pueda concederse la extradición, que contra el individuo reclamado se haya proferido en el Exterior "auto de proceder o su equivalente".

Más severo en este particular que las leyes colombianas, el Tratado consideró suficiente a esa finalidad el pronunciamiento de un simple auto de detención. Allí se dijo,, en lo pertinente:

"Artículo VIII.—La solicitud de extradición deberá estar acompañada de la sentencia condenatoria si el prófugo hubiere sido juzgado y condenado; o del auto de detención dictado por el Tribunal competente, con la designación exacta del delito o crimen que lo motivaren, y de la fecha de su perpetración, así como de las declaraciones u otras pruebas en virtud de las cuales se hubiere dictado dicho auto, caso de que el fugitivo sólo estuviere procesado.

"Estos documentos se presentarán originales o en copia, debidamente autenticada"

No se trata aquí de un individuo sentenciado o llamado a juicio, sino de un sindicado.

3.—Según el artículo 383 del Código de Procedimiento Penal Colombiano, "A nadie se podrá detener provisionalmente sino en virtud de un auto del funcionario instructor en que se exprese: 1º El hecho que se investiga en el proceso; 2º Los elementos probatorios allegados sobre la existencia de ese hecho; 3º Su calificación legal y la pena que la ley establece para él; 4º Los elementos probatorios allegados al proceso en contra de la persona cuya detención se ordena".

Muy semejantes son acaso en la legislación Penal del Perú las condiciones requeridas al efecto, en guarda de los principios tutelares del habeas corpus. Lo cierto es que el Plenipotenciario de aquella Nación al suscribir en Caracas con los demás países Bolivarianos el Tratado de 1911, admitió que el auto de detención es el dictado con los requisitos a que se refiere el artículo VIII del Acuerdo, antes transcrito, a saber: A) Intervención del Tribunal competente; B) Designación exacta del delito; C) Fecha de su perpetración; y D) Declaraciones o pruebas en cuya virtud se decretó la detención respectiva.

4.—Preceptúa el Título II de la Constitución Nacional —con excepciones que no vienen al caso— que "Los extranjeros disfrutarán en Colombia DE LOS MISMOS DERECHOS CIVILES QUE SE CONCEDAN A LOS COLOMBIANOS" (artículo 11); y en el Título III "De los Derechos y Garantías Sociales" se dispone que "NADIE PODRA SER MOLESTADO EN SU PERSONA, FAMILIA, NI REDUCIDO A PRISION O ARRESTO, NI DETENIDO, NI SU DOMICILIO REGISTRADO, SINO A VIRTUD DE MANDAMIENTO ESCRITO DE AUTORIDAD COMPETENTE, CON LAS FOR-

MALIDADES LEGALES Y POR MOTIVO PREVIAMENTE DEFINIDO EN LAS LEYES....." (Artículo 23).

No otros fueron los derechos que los signatarios del Acuerdo de Caracas se propusieron proteger al estipular que toda solicitud de extradición de un procesado debería estar acompañada del correspondiente auto de detención, dictado con las formalidades prescritas en el artículo VIII; y la Corte violaría por igual las citadas normas constitucionales y la concordante del Tratado si conceptuara favorablemente a la entrega de un prófugo sin que obre en el expediente, original o en copia debidamente autenticada, la referida providencia, o sin que ésta reúna los requisitos de procedimiento que garantizan el ejercicio legítimo de las libertades individuales. Porque la situación jurídica de los ciudadanos extranjeros que un Estado reclama bajo la imputación de un delito cometido dentro de los límites de su jurisdicción, es virtualmente la misma de los nacionales del Estado requerido perseguidos por su propia justicia: ni éstos pueden ser detenidos con pretermisión de las formas legales, ni aquéllos entregados al Estado requirente sin que la solicitud de extradición se conforme a las estipulaciones de los tratados públicos o, si éstos no existen, a las leyes del país en que el asilado se encuentra.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal.—Bogotá, cuatro de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Jesús Estrada Monsalve.)

El Ministerio de Justicia, con Oficio 20476 de 11 de julio último, ha remitido a la Corte, para que se emita el concepto de que tratan los artículos 9º del Código Penal, 710 del Código de Procedimiento Penal y concordantes del Decreto 2200 de 1938, el expediente relacionado con la solicitud que el Gobierno del Perú le ha formulado al de Colombia para que se conceda la extradición de Charles Stenning Orellana, "nacido en Méjico, de padre británico y madre peruana, inglés de nacionalidad, de treinta y un años de adad, con carnet de extranjería número treinta y un mil ochocientos cincuentiuno" (sic).

De la documentación allegada al efecto aparece que William Lionel Carlyion Tweedy, como apoderado de la "Imperial Chemical Iudustries S. A. Comercial e Industrial", con domicilio legal en el Perú, formuló denuncia "por delito contra el patrimonio" en agravio de dicha firma, cometido entre los meses de febrero de 1954 y febrero de 1955 por el Sub-gerente de la misma, señor Stenning Orellana, con la colaboración de José Manuel Gómez Briceño y César Augusto Giusti La Rosa, en cuantía de dos millones ochocientos mil soles oro; que Giusti La Rosa fue capturado por las autoridades peruanas, en tanto que Stenning Orellana y Gómez Briceño huyeron, el primero a Colombia —donde se halla detenido desde el 5 de mayo último mientras se resuelve sobre la extradición solicitada— y el segundo a la Argentina; y que el correspondiente proceso se adelanta por el Cuarto Juzgado de Instrucción de Lima.

El señor Ministro de Relaciones Exteriores, para dar cumplimiento a lo ordenado en el artículo 3º del Decreto 2200 de 1938, se dirigió al de Justicia conceptuando "que debe procederse de conformidad con lo que dispone el convenio sobre extradición de 1911 vigente entre Colombia y el Perú"; y el segundo de los nombrados funcionarios no halló que faltaran piezas sustanciales en el expediente, pues se abstuvo de hacerle al primero la devolución a que se refiere el artículo 4º ibidem.

En atención a lo estatuído en el artículo 15 del citado Decreto, donde se le permite al individuo reclamado hacerse acompañar de abogado y hacer valer las pruebas conducentes a demostrar que no es la persona reclamada, que hay defectos de forma en los documentos presentados o que la extradición es ilegal, la Corte reconoció como apoderado de Charles Stnning Orellana al doctor Eduardo Kronfly, al tenor del memorial-poder visible al f. 57 de este informativo.

Se considera:

Dos son las tesis sostenidas por el abogado de Stenning Orellana, que la Sala estudiará en orden inverso al seguido en el alegato de defensa. **I Extemporaneidad de la demanda.** Como el prófugo fue capturado por el Servicio de Inteligencia Colombiano el día 5 de mayo del año en curso, a las cuatro de la tarde, en el Hotel Tayrona de la ciudad de Santa Marta, a solicitud de la Dirección General de Investigaciones del Perú, y desde entonces se halla en la Sala de Detenidos

de aquella Dependencia (fls. 37, 39, 40, 43, 44, 45, 46, 54 y 58), y como, de otra parte, la demanda de extradición, suscrita por su Excelencia el Sr. Embajador de la República hermana, doctor José Félix Aramburú (f. 33), sólo se recibió en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia el **5 de julio siguiente** (f. 55 y v.), concluye el señor apoderado del Stenning Orellana que la solicitud de extradición de la persona reclamada no se formalizó dentro del término legal.

Arguye, al efecto, que por el inciso final del artículo VIII del Acuerdo Bolivariano de 1911 —aprobado por la ley 26 de 1913 del Congreso de Colombia— se dispuso que "La extradición de los prófugos, en virtud de las estipulaciones del presente tratado, se verificará de conformidad con las leyes de extradición del Estado al cual se haga la demanda"; que, en armonía con esta norma, debe darse aplicación al artículo 2º del Decreto 2200 de 1938, según el cual "En casos de urgencia, el individuo reclamado podrá ser detenido provisionalmente, aún en virtud de petición telegráfica que exprese la circunstancia de haberse producido el enjuiciamiento o la condena, pero será puesto en libertad si dentro de los sesenta días no se hubiere formalizado la solicitud de extradición, y no podrá ser detenido de nuevo por el mismo motivo", y que con esta última disposición concuerda el inciso 2º del artículo IX del referido Tratado al establecer que "Cesará la detención preventiva si dentro del término de la distancia no se hace en forma la solicitud de extradición....."

Basado en los aludidos preceptos, razona de esta manera:

"Cuál es el término de la distancia entre Lima y Bogotá?. A falta de estipulación expresa es de presumir que dicho término es el mismo transcurrido entre el día que la documentación contra el señor Stenning fue puesta al correo en Lima y el día de su llegada a Bogotá. El último documento inserto en la demanda de extradición, y originario del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, está fechado el 1º de julio del presente año. Y cuatro días después, es decir, el día 5, ya la documentación estaba en el Ministerio de Relaciones Exteriores de nuestro país, no sin antes (el día cuatro -4-) haber pasado, para efectos de la correspondiente legalización, por el Consulado General del Perú en Bogotá, tal como consta en el sello de legalización que obra al folio 32. Por ese lapso, puede determinarse el término de la distancia. Dadas las comodidades de la era moderna, y teniendo en cuenta que toda la documentación diplomática se remite hoy por la vía aérea, el término de la distancia ya hoy debe ser muy limitado. Un exceso de amplitud, podría llevarnos a estirar este término a diez (10) días. Aún a veinte (20), pero en todo caso nunca sería el de sesenta y un días.

....

"Tal como ya lo hemos visto, el inciso final del Artículo 8º del Tratado Bolivariano, dispone: "La extradición de los prófugos, en virtud de las estipulaciones del presente tratado, se verificará de **conformidad con las leyes de extradición del Estado al cual se haga la demanda**". Como el Decreto 2.200 de 1938, reglamentario de los correspondientes artículos de nuestro ordenamiento procesal, fija el término de los sesenta días, y como la demanda llegó a la Cancillería después de vencido éste, los efectos jurídicos de la preclusión necesariamente obran en favor de mi patrocinado.

"Al solicitar el Perú la detención provisional de mi defendido, se obligó a formalizar la demanda de extradición dentro de los términos legales, conforme con las disposiciones vigentes. El gobierno peruano no cumplió con ese deber de la ley internacional, la violó directamente. Luego debe sufrir las consecuencias y su demanda de extradición debe ser rechazada.

....

"Si el gobierno peruano, para nuestro caso concreto, no cumplió con el deber impuesto por la ley internacional dentro del plazo fijado para ello, conforme con el principio de la eventualidad que predomina en los procesos y el cual es aceptado y aplicado por la Corte Internacional de La Haya, quedó subordinada al fenómeno jurídico de la preclusión su demanda, que no debe prosperar, como consecuencia inmediata, toda vez que opera no sólo el texto relativo al término de la distancia sino que lo hace también el artículo 2º del Decreto 2.200 ya aludido, que ordena poner en libertad al detenido pasados sesenta (60) días de su detención, y prohibe detenerlo nuevamente. Si tal norma legal prohibe expresamente la nueva detención, ella está indicando que no es procedente ya conceder la extradición.

"Si un gobierno viola como ha violado el artículo 9º del Pacto Bolivariano en detrimento de los intereses de un ciudadano que hoy se halla al amparo de las leyes de Colombia, según el art. 11 de nuestra Constitución, esa alteración del orden jurídico tiene que acarrear consecuencias jurídicas. Si nó, los pactos internacionales se con-

vierten en simples "pedazos de papel", según la despótica expresión de Bismark.

"Por alguna razón de orden superior, el legislador colombiano exige que la extradición se conceda previo concepto favorable de la Honorable Corte Suprema de Justicia. A ella le corresponde decidir no sólo sobre el aspecto formal, sino también sobre el tiempo de que dispone el gobierno demandante para formalizar su demanda, cuando ha solicitado previamente la detención provisional de una persona" (fls. 67 y 69).

La argumentación carece de validez, por hallarse fundada en el sofisma de hacer extensivo a la instauración de la demanda un término exclusivamente relacionado con la detención provisional en casos de urgencia: es sólo para los efectos de esta medida para lo que se fija en el artículo 2º del Decreto 2200 **el término de sesenta días,** y en el inciso final del artículo IX del Tratado **el de la distancia.** Ambos ordenamientos son demasiado claros en su tenor literal al imponer la libertad del detenido si no se formaliza, dentro de esos lapsos, la solicitud de extradición.

Fijado así el tiempo en que es posible mantener en detención provisional al reclamado **mientras la extradición no se demanda formalmente,** el de que se dispone para privarlo de libertad **una vez otorgada la extradición** se previó igualmente por el artículo XIV del Tratado, que reza: "Si el Estado requirente no hubiere dispuesto de la persona reclamada en el lapso de tres meses, contados desde el día en que hubiere sido puesta a su disposición, será puesto en libertad el preso, quien no podrá ser detenido nuevamente por el mismo motivo"; y por el artículo 16 del Decreto 2200, que estatuye: "Concedida la extradición, y si dentro de sesenta días, contados desde la comunicación que pone al individuo reclamado a disposición del Estado requirente, no hubiere sido remitido por el agente diplomático respectivo al país que lo solicita, se le pondrá en libertad y no podrá ser detenido nuevamente por la causa que determinó la extradición".

Existe, pues, un término para hacer cesar la detención del prófugo **cuando la demanda aún no se ha formalizado** (sesenta días en el Decreto o el de la distancia —que desde luego prevalece— en el Convenio Bolivariano), y existe otro para ordenar la libertad del mismo **cuando el Estado requirente no ha dispuesto de él, no obstante haberse concedido la extradición** (sesenta días en el Decreto 2200 o noventa días —término que prevalece —en el Tratado). Ninguno de ellos hace referencia a la presentación de la demanda, que puede efectuarse en cualquier época. Sólo que si élla no se formaliza en la oportunidad debida, encontrándose en detención provisional el reclamado, al punto debe éste recobrar su libertad.

II—Defectos de forma en los documentos presentados.

A la demanda se ha acompañado el texto de los artículos 240 y 244 del Código Penal Peruano, según los cuales los hechos imputados al señor Stenning Orellana —que se encuentran comprendidos en la enumeración de los delitos que hacen procedente la extradición (artículo II del Pacto)—, se reprimen en aquel país con penas privativas de la libertad cuyo máximo excede de seis meses, requisito exigido por el ordinal a) del artículo V ibidem; y en la copia del respectivo proceso, expedida por el Escribano de Estado adscrito al Cuarto Juzgado de Instrucción de Lima, obran elementos probatorios que justificarían la detención preventiva del sindicado en la legislación penal colombiana (artículo I in fine ibidem).

Tanto el ordinal b) del artículo 709 del Código de Procedimiento Penal como el ordinal a) del artículo 1º del Decreto 2200 exigen, para que pueda concederse la extradición, que contra el individuo reclamado se haya proferido en el Exterior "auto de proceder o su equivalente".

Más severo en este particular que las leyes colombianas, el Tratado consideró suficiente a esa finalidad el pronunciamiento de un simple auto de detención. Allí se dijo, en lo pertinente:

"Artículo VIII.—La solicitud de extradición deberá estar acompañada de la sentencia condenatoria si el prófugo hubiere sido juzgado y condenado; o del auto de detención dictado por el Tribunal competente, con la designación exacta del delito o crimen que lo motivaren, y de la fecha de su perpetración, así como de las declaraciones u otras pruebas en virtud de las cuales se hubiere dictado dicho auto, caso de que el fugitivo sólo estuviere procesado.

"Estos documentos se presentarán originales o en copia, debidamente autenticada....."

No se trata aquí de un individuo sentenciado o llamado a juicio, sino de un sindicado. Pero se pregunta la Sala: contra Charles Stenning Orellana se ha dictado auto de detención en el sumario iniciado recientemente contra él en el Cuarto Juzgado de Instrucción de Lima?

En el expediente de que se hace mérito aparece copia de las siguientes piezas:

a)—Auto de 9 de mayo de 1955 en que el Juzgado del conocimiento ordena enviar certificación de lo actuado a la Corte Suprema de Justicia de Lima, para que esta entidad resuelva si es procedente la extradición del inculpado, y dar "respuesta a la Dirección General de Investigaciones en los términos acordados" (f. 1º);

b)—Oficio número 449, de fecha 6 de los mismos, dirigido por la Dirección General de Investigaciones de Lima al Juez del conocimiento, en que se transcriben los cables cruzados entre aquella dependencia oficial y la Jefatura del Servicio de Inteligencia Colombiano sobre la captura de Stenning Orellana, y se insinúa la conveniencia de gestionar su extradición (f. 1 y v.);

c)—Denuncia de la parte agraviada, interpuesta por William Lionel Carlyon Tweedy y ante el Juez Instructor de Turno, con fecha 12 de marzo de 1955 (f. 1 v. a 5);

d)—Parte Policial número 24 de 7 de marzo de 1955, emanado del Departamento de Seguridad Pública y Orden Social de la Dirección General de Investigaciones, en donde el Oficial Segundo C. I. V., señor José Manuel Tejada Peláez, informa al Comisario Jefe del Primer Grupo, señor Víctor Rodríguez Velásquez, acerca de las averiguaciones hechas por el primero de los citados funcionarios durante la práctica de la inspección ocular que se llevó a cabo con motivo de la carta-denuncia de 8 de febrero del mismo año, dirigida al Inspector General Director General del Cuerpo de Investigación y Vigilancia, por la Imperial Chemical Industries (fs. 5 a 23 v.);

e)—Comunicaciones de 8 y 9 de marzo de 1955, en que el Comisario Jefe del Primer Grupo y el Inspector General Jefe del Departamento dan cuenta del aludido Parte Policial a sus respectivos superiores (fs. 23 v. a 25);

f)—Autos de la fecha últimamente mencionada, por los cuales el Director General de Investigación, Vigilancia e Identificación, señor Clodomiro Marín del Aguila, ordena pasar dicho "Parte, anexos y demás actuados a la Sub-Dirección General del Ramo, para su conocimiento y fines de su tramitación a la autoridad judicial correspondiente, quedando, también, a disposición de esa dependencia el detenido César Augusto La Rosa" (fs. 25 y v.); y el Sub-Director General de Investigaciones, señor Augusto Rodríguez Martínez manda remitir al Prefecto del Cercado la correspondiente actuación (f. 25 v.);

g)—Auto apertorio de la instrucción (f. 25 v.); y

h)—Instructiva de César Augusto La Rosa (fs. 25 v. a 27 v.).

Como se vé, las dos únicas providencias no orignadas en las oficinas de la Dirección General de Investigaciones de Lima son las indicadas con las letras a) y g) de la enumeración que precede. No se encabezan ellas con la denominación del Despacho de donde proceden, ni los señores Vásquez de Velasco y A. Flores Patiño aparecen suscribiéndolas a ningún título oficial. Puede colegirse, sin embargo, que lo hicieron, respectivamente, como Juez y Secretario del Cuarto Juzgado de Instrucción de Lima, porque ambos firman en ese carácter la instructiva de Giusti La Rosa; porque el segundo es quien expide y autoriza las copias de este expediente como Escribano de Estado con funciones adscritas a ese Juzgado, y porque la identidad del señor Vásquez de Velasco, como titular del mismo, resulta de los folios 29 y 30 de los autos.

La señalada con la letra a) ninguna referencia hace la detención de Stenning Orellana. La otra es del siguiente tenor:

AUTO APERTORIO DE LA INSTRUCCION

"Lima, catorce de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco.

"Por recibido con el Parte que se acompaña; ábrase instrucción contra Charles Stenning Orellana, José Manuel Gómez Briceño y César Augusto Giusti La Rosa por delito contra el patrimonio en agravio de Imperial Chemical Industries, recíbase instructiva a los inculpados contra quienes se decreta detención provisional, oficiándose para la captura de los primeros; preventiva al Representante de la firma agraviada. Practíquense las demás diligencias que resulten necesarias para el mejor esclarecimiento de los hechos denunciados; téngase a don William Lionel Carlyon Tweedy, Apoderado de la agraviada como parte civil; dése cuenta al Superior Tribunal con citación del señor Agente Fiscal de Turno de Vacaciones.—Vásquez de Velasco. — Fdo. A. Flores Patiño".

De "auto de detención", la providencia que acaba de transcribirse no tiene sino el nombre. En forma deficiente apenas podría corresponder al que se denomina "auto cabeza de proceso". Según el artículo 383 del Código de Procedimiento Penal Colombiano, "A nadie se podrá detener provisionalmente sino en virtud de un auto del funcionario instructor en que se exprese: 1º El hecho que se investiga en el proceso; 2º Los ele-

mentos probatorios allegados sobre la existencia de ese hecho; 3º Su calificación legal y la pena que la ley establece para él; 4º Los elementos probatorios allegados al proceso en contra de la persona cuya detención se ordena".

Muy semejantes son acaso en la legislación penal del Perú las condiciones requeridas al efecto, en guarda de los principios tutelares del **habeas corpus.** Lo cierto es que el Plenipotenciario de aquella Nación, señor Maúrtua, al suscribir en Caracas con los demás países bolivarianos el Tratado de 1911, admitió que el auto de detención cuya copia ha de acompañarse a la solicitud de extradición, en casos como éste, es el dictado con los requisitos a que se refiere el artículo VIII del Acuerdo, antes transcrito, a saber:

A) Intervención del Tribunal competente;
B) Designación exacta del delito;
C) Fecha de su perpetración; y
D) Declaraciones o pruebas en cuya virtud se decretó la detención respectiva.

En cuanto a la competencia del Cuarto Juzgado de Instrucción de Lima para avocar la investigación contra el acusado, sólo existe la presunción derivada del hecho de encontrarse el negocio al conocimiento de ese Despacho; y ello podría considerarse bastante, a falta de una referencia concreta en los autos a la disposición pertinente. Mas en el auto que se examina ni se hizo la **designación exacta** de la infracción, que allí apenas se denominó genéricamente como "delito contra el patrimonio"; ni se mencionó la **fecha de su perpetración**; ni se adujo una sola **declaración** ni **prueba** alguna de otra naturaleza en que se fundara para dictarlo, el funcionario que lo suscribe.

Obsérvese que la providencia de que se hace mención no tiene parte motiva y consta únicamente de ordenamientos ajenos, casi en su totalidad, a la materia misma de la detención del señor Stenning Orellana. En ella se dá por recibido el PARTE OFICIAL; se abre la instrucción; se previene al representante de la Sociedad ofendida; se ordenan las diligencias necesarias al mejor esclarecimiento de los hechos denunciados; se acepta como apoderado de la parte civil al señor Tweedy, y se dispone dar cuenta de lo resuelto al Superior Tribunal, con citación del Ministerio Público. De este modo, el llamado "auto apertorio de la instrucción" queda reducido —por el aspecto que se considera— a estas solas palabras:

"recíbase instructiva a los inculpados **contra quienes se decreta detención provisional**".

Sobre el particular ha dicho la Sala:

"La facultad que confiere a la Corte el artículo 710 del C. de P. P. se limita a que esta corporación analice **si en realidad están cumplidas las condiciones que los acuerdos internacionales, y en defecto de éstos, las leyes del país, señalan para conceder la extradición,** cuando un Estado la solicita, fundándose en un principio de solidaridad universal, en virtud del cual los Estados se prestan mutua y recíproca ayuda, a fin de que los postulados de la defensa social no queden incumplidos por la ausencia de represión de los delitos cuando el delincuente se refugia en estado distinto de aquel en donde infringió la ley penal.

"Como la extradición implica el cumplimiento de determinados requisitos, es indispensable para fundar el concepto de la Corte hacer referencia a ellos **y comprobar su existencia para establecer si las condiciones en que la extradición debe concederse han quedado satisfechas".** (Concepto de 19 de mayo de 1950).

"Si la extradición se concede en virtud de un tratado internacional, el derecho a pedir la entrega de una persona surge del acuerdo de voluntades de las partes contratantes consagradas en los artículos del tratado, **y su cumplimiento es de estricta observancia para los Estados que lo suscribieron, no sólo en orden al delito sino, también, en cuanto a las formas procedimentales".** (Concepto de 16 de noviembre de 1954).

Preceptúa el Título II de la Constitución Nacional —con excepciones que no vienen al caso— que "Los extranjeros disfrutarán en Colombia **de los mismos derechos civiles que se concedan a los colombianos"** (artículo 11); y en el **Título** III "De los Derechos y Garantías Sociales" se dispone que "Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, **ni detenido,** ni su domicilio registrado, **sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes...**" (artículo 23).

No otros fueron los derechos que los signatarios del Acuerdo de Caracas se propusieron proteger al estipular que toda solicitud de extradición de un procesado debería estar acompañada del correspondiente auto de detención, **dictado con las formalidades prescritas en el artículo VIII;** y la Corte violaría por igual las citadas

normas constitucionales y la concordante del Tratado si conceptuara favorablemente a la entrega de un prófugo sin que obre en el expediente, original o en copia debidamente autenticada, la referida providencia, o sin que ésta reúna los requisitos de procedimiento que garantizan el ejercicio legítimo de las libertades individuales. Porque la situación jurídica de los ciudadanos extranjeros que un Estado reclama bajo la imputación de un delito cometido dentro de los límites de su jurisdicción, es virtualmente la misma de los nacionales del Estado requerido perseguidos por su propia justicia: ni éstos pueden ser detenidos con pretermisión de las formas legales, ni aquéllos entregados al Estado requirente sin que la solicitud de extradición se conforme a las estipulaciones de los tratados públicos o, si éstos no existen, a las leyes del país en que el asilado se encuentra.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal— emite concepto ADVERSO a la solicitud de extradición de Charles Stenning Orellana, de que se ha hecho mérito.

Remítanse las presentes diligencias al Ministerio de Justicia.

Cópiese y cúmplase.

Ricardo Jordán Jiménez — Jesús Estrada Monsalve — Domingo Sarasty Montenegro — Luis Zafra — Julio E. Argüello R., Secretario.

CASO EN QUE EL JUEZ DE INSTANCIA HA DEBIDO CLAUSURAR EL SUMARIO CON LA SENTENCIA DEL ARTICULO 153 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL Y NO CON UN SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO

La Corte, en segunda instancia, no puede cambiar graciosamente el contenido de un auto de sobreseimiento definitivo por una sentencia del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, ya que, por una parte, se pretermitiría una instancia, y por otra, se usurparía jurisdicción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, once de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra)

Vistos:

Con fecha 26 de febrero de 1954, el Tribunal Superior de Cartagena sobreseyó definitivamente en favor del doctor Carlos Enrique Méndez Bolívar, ex-Juez Promiscuo del Circuito de San Andrés (Islas), por los cargos que le hizo el Personero Municipal de dicho lugar.

Esa providencia debe revisarla la Corte en grado de consulta.

Una serie de acusaciones le formuló el citado Personero al Juez doctor Méndez Bolívar, de las cuales se extractan las pertinentes, a saber:

Que en los negocios civiles y penales de que conocía y en los cuales figuraba el doctor César C. Bustos como apoderado, el funcionario no observaba los términos judiciales, al parecer "con el solo fin de perjudicar al doctor Bustos, de quien se ha declarado enemigo"; que pedía a los Jueces de Instrucción los sumarios en que actuaba el doctor Bustos "para tenerlos paralizados... maliciosamente"; que las pruebas pedidas por dicho doctor las decretaba el Juez "en parte, en detrimento de la justicia", y cuando el abogado se quejaba de ellos ante la Personería, el Juez demoraba más el negocio; y, en fin, no resolvía "nunca los escritos de la Personería", ni daba cumplimiento a los artículos 172 y 292 del Código de Procedimiento Penal.

La investigación —iniciada el 9 de noviembre de 1948— anduvo con mucha lentitud e impericia, pues, como lo anota el Sr. Procurador 1º Delegado en lo Penal, aquélla se calificó "sin haber podido ser totalmente perfeccionada". Y al efecto concreta algunas deficiencias sobre varios hechos materia del sumario. Y concluye así el colaborador de la Sala:

"Sería, pues, el caso de ordenar la práctica de las diligencias que en el cuerpo de esta Vista se han echado de menos; pero como se observa que las inculpaciones hechas al doctor Méndez Bolívar, de ser establecidas legalmente, quedarían comprendidas dentro de los elementos estatuídos por el artículo 172 del Código Penal, que sanciona con una multa de diez a trescientos pesos; que los hechos inculpados se dice haber acaecido por el año de mil novecientos cuarenta y ocho, y que el artículo 105 del Código Penal estatuye que la acción penal en este caso prescribe en un término de cinco años, tiempo ya de sobra transcurrido, la Procuraduría se abstiene de solicitar la práctica de aquellas diligencias porque estima que en este asunto se ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción".

En consecuencia, pide a la Corte que revoque el sobreseimiento definitivo consultado, y, en cambio, le dé aplicación al artículo 153 del Código de Procedimiento, por hallarse extinguida la acción penal.

Se considera:

La denuncia del Personero, tal como quedó concebida, planteó el grave cargo de prevaricato, y no de simple abuso de autoridad en su forma culposa. Porque eso de afirmar que el Juez doctor Méndez no observaba los términos judiciales en determinados procesos y que en otros los pedía a los instructores para paralizarlos, movido en ello por un sentimiento de enemistad hacia el abogado litigante y con el fin de perjudicarlo, es una de las modalidades del prevaricato —el de omisión— contemplado por la segunda parte del artículo 168 del Código Penal.

En este orden de ideas, la investigación debió dirigirse a establecer esas relaciones de enemis-

tad entre el Juez y el doctor Bustos, y a definir si las demoras en los expedientes respectivos y las negativas de pruebas obedecieron a la pasión del odio, o a otra causa distinta. Pero nada de eso se hizo. Es decir, que el sumario está por perfeccionar.

Empero, ya no es el caso de ampliarlo, por haberse cumplido la prescripción, como lo anota el señor Procurador. Realmente, las actuaciones tachadas de delictuosas ocurrieron en los años de 1948 y 1949 (hasta agosto); y a partir de esta última fecha han transcurrido los cinco años de que tratan los artículos 105 y 168, inciso 1º, del estatuto represivo.

Por consiguiente, el sumario debió clausurarse con la sentencia del artículo 153 de la Ley 94 de 1938, y no con un sobreseimiento definitivo.

Sin embargo, la Corte no puede hacer la sustitución de una providencia por otra, como lo pide el señor Procurador, porque incurriría en el yerro de usurpar jurisdicción al pretermitir la primera instancia que requiere el fallo del artículo 153 en cita durante los grados ordinarios del proceso. (Artículos 148 y 198 C. J.).

Sobre el particular, ha dicho la Sala:

"La Corte, en segunda instancia, no puede cambiar graciosamente el contenido de un auto de sobreseimiento definitivo por una sentencia del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, ya que, por una parte, se pretermitiría una instancia, y por otra, se usurparía jurisdicción. Se pretermitiría una instancia, porque al dictar sentencia se violaría el inciso 2º del artículo comentado, pues no habría entidad de superior jerarquía dentro de la rama jurisdiccional con poder suficiente para que revisara la sentencia en virtud de consulta como ordena la ley; y se usurparía jurisdicción, porque el conocimiento de los procesos que se adelantan contra los Jueces de Circuito por un delito de responsabilidad, en primera instancia corresponde a los Tribunales y no a la Corte, a quien la ley atribuye facultad para conocer de esos juicios mediante el ejercicio de recursos legales. Así, pues, la Corte no podría dictar la sentencia del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal pretermitiendo los trámites procesales; es el Tribunal en estos casos quien debe dictar la sentencia en primera instancia, y luégo la entidad superior la revisa por consulta". (Auto de 19 de enero de 1955. GACETA número 2150, página 572).

Igual doctrina puede verse en las providencias de fechas cinco de noviembre y quince de diciembre de 1954. (Procesos contra Alfonso Castaño Medina y contra Rafael Díaz Herrera, respectivamente).

Por lo tanto, el sobreseimiento consultado habrá de infirmarse para que el Tribunal Superior de Cartagena decida sobre la aplicación del artículo 153 del estatuto procesal.

La Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público, REVOCA el auto materia de la consulta, a fin de que se proceda en armonía con lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez — Jesús Estrada Monsalve — Domingo Sarasty M. — Luis Zafra — Julio E. Argüello R., Secretario.

DETENCION ARBITRARIA

Es cierto que los funcionarios o empleados públicos no pueden ser detenidos mientras no se haya decretado por la autoridad correspondiente y a petición del Juez la suspensión del cargo que desempeñan; pero, para cumplir esta exigencia legal, es necesario e indispensable que el funcionario que decreta la detención conozca previamente esa situación; caso contrario, la disposición no tiene el carácter de obligatoria para el Juez que la profiere.

Cuando en el curso del proceso no se ha demostrado la calidad de funcionario público que pueda tener el sindicado, el auto de detención debe cumplirse. Esa calidad —la de empleado público— puede acreditarse bien sea antes de hacer efectiva la detención o con posterioridad a ella; en el primer caso, lo pertinente es dar aplicación a lo dispuesto por el artículo 392 de la ley procedimental; en el segundo, la detención se hace efectiva, hasta que por los medios legales se demuestre esa calidad. Pero si conocido el hecho, el Juez de la causa o el funcionario solicitan la suspensión del cargo y ésta no se hace efectiva porque el empleado se niega a hacerlo, no incurre el Juez en responsabilidad puesto que él se limitó a adoptar las medidas de orden legal cuyo cumplimento no le correspondía.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, agosto diez y ocho de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Domingo Sarasty Montenegro)

VISTOS:

Consulta el Tribunal Superior del Distrito Judical de San Gil la providencia de primero de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro, en virtud de la cual se declara prescrita la acción penal y se ordena cesar todo procedimiento en las diligencias adelantadas contra el doctor Ignacio Garzón ex-Juez Primero Superior, acusado por un delito de detención arbitraria.

Hechos:

Con motivo de los sucesos del nueve de abril de mil novecientos cuarenta y ocho, el Juzgado 93 de Instrucción Criminal adelantó la correspondiente investigación para averiguar la responsabilidad por los delitos cometidos contra el Régimen Constitucional, seguridad interior del Estado, robo, saqueo, incendio, realizados en la ciudad de San Gil.

Varios son los ciudadanos que aparecen sindicados en dicha investigación, entre otros, Luis A. Castañeda, contra quien se dictó auto de detención preventiva por "asonada en conexidad con los de saqueo, desvastación, robo, violación de domicilio, incendio, daños en la propiedad ajena, robo de armas oficiales, conforme a las imputaciones que a cada uno de ellos les aparecen hechas en el sumario."

La providencia está fechada el veintidos de julio de mil novecientos cuarenta y ocho, y se cumplió mediante auto de ocho de julio de mil novecientos cuarenta y nueve, emanado del Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de San Gil. Castañeda fue capturado el veitiseis de julio del año citado, y el veintisiete del mismo mes pidió se le pusiera en libertad por gozar de la calidad de empleado público, para lo cual acompañó la correspondiente acta de posesión.

Como se trataba de cumplir un auto de detención, el Juzgado por no tener conocimiento de que el sindicado fuera empleado público "circunstancia que era desconocida en el expediente", solicitó el Acuerdo de nombramiento y en dicha providencia —auto de veintiocho de julio de mil novecientos cuarenta y nueve— pidió al Personero Municipal quien hizo el nombramiento "se sirva decretar la suspensión de ese individuo del cargo que ejerce, si es que en su concepto tiene el carácter de empleado o funcionario público." Pero la Personería Municipal se negó a suspender a dicho empleado, porque, en su concepto, el auto de la suspensión de Luis Castañeda es inoperante". Es decir, no quiso cumplir un orde-

namiento legal. Posteriormente Luis Castañeda fue puesto en libertad.

Estos hechos dieron margen al Fiscal del Juzgado Segundo Superior de San Gil para formular denuncia contra el ex-Juez Primero Superior doctor Ignacio Garzón.

Actuación

Al sumario se allegaron el Acuerdo de nombramiento y la correspondiente acta de posesión.

Copias del auto de detención proferido por el Juzgado 93 de Instrucción Criminal.

Copias de las actuaciones cumplidas en el Juzgado Primero Superior y de los memoriales en los cuales se pide la libertad provisional, por gozar Luis A. Castañeda de la calidad de empleado público del Municipio de San Gil.

También se practicó una diligencia de inspección ocular para constatar el número de la boleta por la cual se ordena la detención, la cual se halla firmada por el doctor Ignacio Garzón bajo el número 87 del talonario respectivo.

En las diligencias sumarias se recibió la correspondiente indagatoria al funcionario acusado.

Concepto del Procurador:

La Procuraduría después de analizar los hechos y las pruebas allegadas al expediente, concluye así:

".....la afirmación que hace el acusado de que no procedió con dolo al sostener la detención de Castañeda, se encuentra confirmada en el expediente. Tanto es así, que en el auto de 28 de julio de 1949 ordenó oficiar al Personero Municipal solicitando la suspensión del sindicado **"si es que en su concepto tiene carácter de empleado o funcionario público (Art. 392 del C. de P. P.)"** y en auto de 17 de agosto dispuso allegar copia del Acuerdo expedido por el Concejo Municipal que pudo haber facultado al Personero Municipal para nombrar parqueros, lo mismo que del Decreto por el cual se nombró a Castañeda para dicho cargo":

"Ello se explica, porque al tenor del artículo 5º del Código de Régimen Político y Municipal, son empleados públicos los que desempeñan destinos creados o reconocidos por las leyes, ordenanzas, acuerdos y decretos válidos, y como esa prueba no llegó, por cuanto al folio 16 vuelto del segundo cuaderno existe la constancia de no haber sido hallada en los archivos correspondientes, era apenas lógico que el Juez se abstuviera de levantar la cuestionada detención".

"Por lo expuesto estima la Procuraduría que no se le puede imputar el delito de detención arbitraria al ex-Juez señor Garzón, por el hecho de haber privado de su libertad a Luis Alejandro Castañeda".

"Pero de otra parte, los hechos a que se refiere el proceso ocurrieron entre los meses de julio y agosto de mil novecientos cuarenta y nueve y desde entonces han transcurrido más de cinco años, tiempo suficiente para que opere la prescripción de la acción penal, conforme a los artículos 105 y 296 del Código Penal".

"Por consiguiente la orden de cesar el procedimiento no sólo debe obedecer a la prescripción, sino también a que el funcionario no cometió el delito que se le imputó. Ello es de equidad"

"La Procuraduría, en tal virtud, solicita atentamente de la H. Corte que confirme el fallo consultado, adicionádolo en el sentido de que el funcionario acusado no cometió el delito de detención arbitraria".

Se considera:

El delito que se imputa al funcionario acusado —detención arbitraria— no es el determinado por la ley en su artículo 295 del Código Penal porque contra Castañeda se había dictado el correspondiente auto de detención. Providencia que reune las exigencias legales pues en ella se contiene el hecho investigado; los elementos probatorios tendientes a demostrarlo; su calificación legal y la sanción que la ley impone para esta clase de infracciones.

El delito —caso de existir— sería el previsto por el artículo 296 del Código Penal que sanciona al funcionario o empleado público que prolonga indebidamente la detención de una persona. Lo indebido de la detención hace referencia al acto ilícito o injusto, a lo que no es permitido ni legal ni moralmente, a lo que se halla en pugna con la justicia y el derecho que proteje y garantiza la libertad individual de las personas. Cuando la detención se prolonga sin motivos ni razones suficientes que la justifiquen, se puede afirmar que es indebida y que el acto injusto que atenta contra la libertad individual configura el delito de "detención arbitraria", sancionado por la disposición que se comenta.

Es cierto que los funcionarios o empleados públicos no pueden ser detenidos mientras no se haya decretado por la autoridad correspondiente y a petición del Juez la suspensión del cargo que

desempeñan; pero, para cumplir esta exigencia legal, es necesario e indispensable que el funcionario que decreta la detención conozca primeramente esa situación; caso contrario, la disposición no tiene el carácter de obligatoria para el Juez que la profiere.

Cuando en el curso del proceso no se ha demostrado la calidad de funcionario público que pueda tener el sindicado, el auto de detención debe cumplirse. Esa calidad —la de empleado público— puede acreditarse bien sea antes de hacer efectiva la detención o con posterioridad a ella; en el primer caso, lo pertinente es dar aplicación a lo dispuesto por el artículo 392 de la ley procedimental; en el segundo, la detención se hace efectiva, hasta que por los medios legales se demuestre esa calidad. Pero si conocido el hecho, el Juez de la causa o el funcionario solicitan la suspensión del cargo y ésta no se hace efectiva porque el empleado se niega a hacerlo, no incurre el Juez en responsabilidad puesto que él se limitó a adoptar las medidas de orden legal cuyo cumplimiento no le correspondía.

El Juez acusado tan pronto tuvo conocimiento de que el sindicado era empleado público, solicitó la suspensión del cargo pero la autoridad que debía hacerlo se negó a ello porque —en su concepto— era inoperante la suspensión. El deber y obligación de la autoridad a quien se solicitó la suspensión era decretarla, y al omitirlo sin motivo que la justifique, incurriría probablemente en un típico abuso de autoridad.

"Formulada la solicitud de suspensión —ha dicho la Corte— de un empleado público, con arreglo a la ley, ella debe ser decretada. El funcionario o entidad a quien ha sido dirigida, por corresponderle el nombramiento y remoción del empleado, no está facultado para examinar sus fundamentos jurídicos, y menos lo está para negar la solicitud. Esta clase de providencias son, por su naturaleza, de ineludible cumplimiento pues la ley no puede dejar al buen criterio del superior del empleado, el acceder o nó a la suspensión. Si el auto de detención carece de base legal, la responsabilidad que ello apareje es exclusiva del funcionario que lo dictó".

El Juez acusado no cometió el delito de detención arbitraria de que trata el artículo 296 del Código Penal, ora por ignorar que el sindicado Castañeda era empleado público como lo expresa en su indagatoria, ya también porque no se acreditó en forma debida la calidad de funcionario público del detenido. Por otra parte, de los actos realizados por el doctor Ignacio Garzón no se deduce el propósito de prolongar indebidamente la detención del sindicado; únicamente se advierte el deseo o afán de hacer cumplir la ley, para que las determinaciones de los funcionarios que administran justicia sean cumplidas. Este y no otro fue el pensamiento del Juez acusado, como se deduce de los elementos probatorios allegados a la investigación.

Así, pues, los hechos por los cuales se denuncia al doctor Garzón no son constitutivos de delito, ni ellos implican infracción alguna de la ley penal.

"La extinción de la acción penal por el transcurso del tiempo —ha dicho la Corte— supone que el delito se produjo, o al menos que su existencia fue probable a tal punto que determinó la actividad del Ministerio represivo. Pero cuando se demuestra que el hecho investigado no es delito, o que no tuvo ocurrencia, o que el sindicado es inocente de la imputación, resulta impropio hablar de causas que impiden el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, ya que sólo se extingue lo que ha tenido siquiera un principio de vida. De ahí que la prescripción, al hacer cesar ese derecho de aplicar la ley penal por parte del Estado, deje sobre el sujeto pasivo de la acción una duda o una sombra acerca de su comportamiento u honestidad, algo así como una responsabilidad latente que no pudo deducirse por motivos de conveniencia y de política criminal".

"Y como la defensa de las personas acusadas sin justa causa, es cuestión de interés social y de orden público, en tales eventos, el juzgador debe declarar esa inocencia de manera preferente a la prescripción, no sólo por un sentido de equidad, sino para tutelar la preciosa garantía consagrada en el artículo de la Carta sobre protección de la vida, honra y bienes jurídicos de los cuidadanos".

Sobre estas bases, la sentencia consultada debe reformarse, tal como lo pide el Agente del Ministerio Público.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, DECLARA que los hechos imputados al doctor Ignacio Garzón en su carácter de Juez Primero Superior de San Gil no existieron y, en consecuencia, ordena cesar todo procedimiento contra él.

En estos términos queda sustituída la sentencia objeto de la consulta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.—Domingo Sarasty Montenegro.—Luis Zafra.—Julio E. Argüello, Secretario.

EL DELITO DE DETENCION ARBITRARIA

1. — La arbitrariedad o ilegalidad de la detención arbitraria puede ser formal o sustancial. Formal, cuando el funcionario o empleado público priva a alguno de su libertad sin tener competencia para ello, o sin cumplir las formalidades que el procedimiento indica para la validez del acto. Sustancialmente, cuando faltan los presupuestos, de hecho y de derecho, que el legislador exige para tomar la medida precautelativa.

2.—En desarrollo de los artículos 23 y 24 de la Constitución, que garantizan la libertad individual, el Código de Procedimiento reglamentó cuidadosamente todo lo relativo a la detención preventiva y a la captura sin previo mandamiento escrito. Y al respecto sentó el principio general de que nadie puede ser detenido provisionalmente sino en virtud de un auto motivado, en que se exprese el hecho punible objeto del proceso, los elementos probatorios allegados sobre la existencia de ese hecho; su calificación legal y la pena que merece; y las pruebas que obran contra el sindicado. (Artículo 383).

Como excepción, el mismo estatuto autorizó la captura sin auto previo sólo en dos casos: a) Cuando el delincuente es sorprendido IN FRAGANTI; y b) Cuando la aprehensión de los malhechos ha sido públicamente requerida por la autoridad competente. (Artículo 384).

3.—En el presente negocio, la orden de detener a N. N. fue jurídicamente perfecta, porque se dictó como consecuencia del auto de proceder que implica un estudio más hondo y de mayor exigencia legal que el simple auto de detención: Al sindicado se le privó, pues, de su libertad con sujeción estricta al mandato de los artículos 23 de la Carta, 379 y 383 del Código de Procedimiento Penal.

El problema radicó en el cumplimiento inmediato de esa providencia, por cuanto ella estaba apelada y el recurso debía concederse en el efecto suspensivo. Pero como éste es un punto de pura interpretación del Juez, no previsto claramente por la ley, queda sujeto al buen criterio del juzgador, y si éste se equivoca, de ello no es responsable.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, agosto dieciocho de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra)

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior de Bucaramanga su fallo de fecha primero de julio de 1954, por medio del cual declaró que "el Juez Tercero Superior doctor Miguel Bohórquez Prada no cometió los delitos de abuso de autoridad y detención arbitraria de que lo sindicó Julio Uribe Vargas"; y, en consecuencia, ordenó cesar todo procedimiento contra dicho funcionario.

El señor Procurador 1º Delegado en lo Penal pide que se confirme la providencia, por cuanto el Juez doctor Bohórquez Prada "interpretó la ley respaldado en jurisprudencia del más alto Tribunal de justicia, en punto que ha dado lugar a diferentes opiniones aún en la misma Corte Suprema".

El cargo objeto de la investigación consiste en que el nombrado Juez Tercero Superior detuvo a Julio Uribe Vargas, no obstante que el auto de proceder dictado contra éste por el delito de estafa y que decretó tal medida precautelativa, había sido apelado; y como el recurso debía concederse en el efecto suspensivo, no era posible entonces privar de su libertad al procesado hasta que el Superior decidiera.

Los antecedentes del caso son:

1º Con fecha ocho de octubre de 1953, el Juzgado 3º Superior de Bucaramanga enjuició, entre otros, a Julio Uribe Vargas por el delito de estafa en bienes del doctor David Habeych; y allí mismo dispuso detener preventivamente a los sindicados.

2º El 21 del mismo octubre, Uribe Vargas fue notificado del auto de proceder, apeló de él, y, surtida la diligencia, fue conducido a la Cárcel

del Distrito con boleta de encarcelación número 589.

3º Su defensor reclamó contra esta última medida y pidió la libertad del preso, por hallarse apelado el enjuiciamiento. Y en esas circunstancias, no podía cumplirse la orden de detención "mientras el Superior no revise el auto de proceder, mediante el trámite que la ley señala, y lo confirme". Invocó al respecto una doctrina de la Corte, según la cual, cuando en dicho auto se ordena detener al procesado, y la providencia se apela, el efecto suspensivo del recurso impide la captura "hasta que recaiga el fallo del superior".

4º El Juzgado, en auto de fecha 24 de octubre de 1953, negó la solicitud del defensor, basándose primordialmente en que la jurisprudencia aducida por éste, la rectificó la Corte el 25 de septiembre de 1951 para sostener que en el caso controvertido, "el auto de proceder comporta dos providencias, el llamamiento a juicio y la detención del procesado, y cada una de estas decisiones produce sus efectos legales independientemente: aquélla, cuando se ejecutorie y la otra, inmediatamente, es decir, antes de que el superior resuelva sobre los recursos que se hayan interpuesto, pues el recurso contra la detención procede en el efecto devolutivo y sólo por economía procesal no se sacan copias para su diligenciamiento". Y

5º Concedida la apelación interpuesta por el acusado y su defensor contra el auto que calificó el sumario, en lo relativo a la detención preventiva, el Tribunal confirmó la providencia impugnada, acogiendo la misma tesis del Juez a quo.

Se considera:

El delito de detención arbitraria, en su tipo genérico, se configura por el hecho de privar a una persona de su libertad en casos no permitidos por la ley. Este último requisito marca el abuso de funciones a que se refiere el artículo 295 del Código Penal, y señala también el elemento doloso que requiere dicho ilícito.

La arbitrariedad o ilegalidad de la detención puede ser formal o sustancial. Formal, cuando el funcionario o empleado público priva a alguno de su libertad sin tener competencia para ello, o sin cumplir las formalidades que el procedimiento indica para la validez del acto. Sustancial, cuando faltan los presupuestos, de hecho y de derecho, que el legislador exige para tomar la medida precautelativa.

En desarrollo de los artículos 23 y 24 de la Constitución, que garantizan la libertad individual, el Código de Procedimiento reglamentó cuidadosamente, todo lo relativo a la detención preventiva y a la captura sin previo mandamiento escrito. Y al respecto sentó el principio general de que nadie puede ser detenido provisionalmente sino en virtud de un auto motivado, en que se exprese el hecho punible objeto del proceso, los elementos probatorios allegados sobre la existencia de ese hecho; su calificación legal y la pena que merece; y las pruebas que obran contra el sindicado".(Artículo 383).

Como excepción, el mismo estatuto autorizó la captura sin auto previo sólo en dos casos: a) Cuando el delincuente es sorprendido **in flagranti**, y b) Cuando la aprehensión de los malhechores ha sido públicamente requerida por la autoridad competente. (Artículo 384).

En el presente negocio, la orden de detener a Uribe Vargas fue jurídicamente perfecta, porque se dictó como consecuencia del auto de proceder, que implica un estudio más hondo y de mayor exigencia legal que el simple auto de detención. Al sindicado se le privó, pues, de su libertad con sujeción estricta al mandato de los artículos 23 de la Carta, 379 y 383 del Código de Procedimiento Penal.

El problema radicó en el cumplimiento inmediato de esa providencia, por cuanto ella estaba apelada y el recurso debía concederse en el efecto suspensivo. Pero como éste es un punto de pura interpretación del Juez, no previsto claramente por la ley, queda sujeto al buen criterio del juzgador, y si éste se equivoca, de ello no es responsable. A lo cual hay que agregar que el funcionario acusado tomó la determinación de encarcelar a Uribe Vargas con base en la última doctrina de la Corte, que admite la posibilidad de llevar a término la detención ordenada en el auto de proceder, aunque éste se encuentre apelado. Bastaba ese antecedente jurisprudencial para excluir el dolo y aceptar la buena fe en la conducta del Juez doctor Miguel Bohórquez Prada.

No son necesarias más explicaciones para que la Corte Suprema, en Sala Penal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el Ministerio Público, CONFIRME la sentencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez — Jesús Estrada Monsalve — Domingo Sarasty M. — Luis Zafra — Julio E. Argüello R., Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS. — DIRECTORES DE CARCELES

El artículo 5º del Decreto número 3518 de 1949, incorporó a la Policía Nacional los Cuerpos de VIGILANCIA DE CARCELES, y éstos no son otros que aquellos que expresamente determina el artículo 6º del Decreto número 966 de 1937, o sea los Jefes y Oficiales de Guardia, los Inspectores y sub-Inspectores y los Guardianes. Sólo a éstos —Cuerpo de Vigilancia de Cárceles—, por regla general, les son aplicables para su juzgamiento las disposiciones contenidas en los Decretos números 3518 de 1949, 1814 de 1953 y 1426, de 1954. En otros términos, la Justicia Penal Militar sólo tiene jurisdicción y competencia para juzgar los delitos cometidos por el personal que integra los cuerpos de vigilancia de las Cárceles cuando se halla en servicio activo. En los demás casos, y para el personal que no se halla incluído dentro de esa modalidad, la competencia es de la justicia penal ordinaria.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto veinte de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

Procede la Corte a resolver el incidente de colisión de competencias surgido entre el Juzgado Segundo Superior de Manizales y el Comando del Batallón de Infantería número 11 Ayacucho, para determinar la autoridad que debe conocer del negocio adelantado contra Samuel Arango Toro, por un delito de peculado.

Antecedentes

Samuel Arango Toro en su calidad de Director de la Cárcel Nacional del Distrito Judicial de Manizales, fue acusado por los siguientes hechos:

a) Que hay un número considerable de detenidos que reciben alimentación diaria enviada de sus respectivas casas; sin embargo el Director de la Cárcel hace figurar a dichos presos como si estuvieran recibiendo la ración que por cuenta del Estado se pasa diariamente; y,

b) Que semanalmente se les impone a los detenidos una contribución de diez o veinte centavos con destino al aseo del establecimiento y que no se sabe en qué invierten esos valores o qué destino se les dá.

El Juzgado Segundo Superior en providencia de diez y ocho de diciembre de mil novecientos cincuenta y tres, con aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, hizo la declaración de que los hechos imputados al señor Samuel Arango Toro no fueron cometidos, y en consecuencia ordenó cesar el procedimiento.

Auto del Tribunal

Consultada la providencia, el Tribunal se abstuvo de conocer porque —en su concepto— el negocio era de conocimiento de la Justicia Penal Militar y no de la ordinaria, y así se expresa:

"El Decreto Nacional número 1814 de 1953 dispuso que 'La Policía Nacional' forma parte 'como el cuarto componente del Comando General de las Fuerzas Armadas'. El artículo 5º del Decreto Nacional número 1897, de julio 21 del mismo año cincuenta y tres, reza: 'Se incorporan a la Policía Nacional las Policías Departamentales, los resguardos de aduanas, resguardos de rentas departamentales, los cuerpos de circulación y tránsito, **Vigilancias de Cárceles,** con presupuesto y organización propios y prestarán los servicios que por ley les correspondan'.

"El artículo 160 del Decreto extraordinario número 2900 de noviembre del 53, ordena: 'Las disposiciones sobre organización de la Justicia Penal Militar y sobre el procedimiento que debe seguirse en los procesos penales militares contenidas en este Decreto, se aplicarán **a todos los negocios que estén en curso, cualquiera que sea la fecha de su iniciación,** con arreglo a lo dispuesto por el artículo 40 de la ley 153 de 1887'. (Sub. el Trib.).

"Muy claras y terminantes son las disposiciones de que tratan los apartes transcritos que dicen que el conocimiento de negocios de la índole

del que refieren las precedentes diligencias corresponde única y exclusivamente a la Justicia Castrense.

"Consecuente, entonces, con lo brevemente expuesto, el Tribunal se abstendrá de conocer de la providencia en cita y dispondrá la devolución de las diligencias a la oficina de origen para los fines subsiguientes".

El Juzgado cumplió lo dispuesto por el Tribunal, y ordenó remitir el proceso al Comando de la Cuarta Brigada.

Auto del Comando de la Brigada

El Comando de la Brigada, en providencia de catorce de junio de mil novecientos cincuenta y cinco, declara no ser competente para conocer del negocio, y aduce como razones las siguientes:

"En realidad, el Decreto número 1897 de julio 21 de 1953, dice en su artículo 5º: 'Artículo 5º Se incorporan a la Policía Nacional las Policías Departamentales, los resguardos de aduanas, resguardos de Rentas Departamentales, los cuerpos de circulación y tránsito, **Vigilancia de Cárceles**, con presupuesto y organización propios y prestarán los servicios que por ley les corresponden'. Y, por otra parte, el Decreto número 1814 del mismo año dispuso la incorporación de la Policía Nacional a las Fuerzas Armadas, como su cuarto componente. Pero, en verdad, los Directores de Cárcel, por la naturaleza y origen de su cargo y por la índole de las funciones que les corresponde desempeñar, más bien de carácter administrativo y que excluyen casi por completo la vigilancia propiamente dicha, no pueden considerarse como investidos de calidad militar, ni amparados por el fuero correspondiente, ni sometidos a la jurisdicción penal castrense".

Se considera:

Por Decreto número 3518 de 9 de noviembre de 1949, se incorporó a la Policía Nacional, las Policías Departamentales y Municipales, los resguardos de rentas departamentales, los cuerpos de circulación y tránsito, y los cuerpos de vigilancia de cárceles. Posteriormente, por Decreto número 1814 de 10 de julio de 1953, la Policía Nacional pasó a formar parte activa del Ministerio de Guerra, como el cuarto componente del Comando General; finalmente, por Decreto número 1426 de cuatro de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro, se dispuso que de todos los delitos cometidos por las Fuerzas de Policía en servicio activo, conocerá la Justicia Penal Militar, y que los negocios penales en curso contra los miembros de dicha institución, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, pasarán a la Justicia Penal Militar.

Para dirimir la colisión de competencias es indispensable saber si el Director de la Cárcel Nacional del Distrito Judicial de Manizales, forma parte del Cuerpo de Vigilancia de Cárceles incorporado a la Policía Nacional por Decreto número 3518 de 1949.

Estima la Corte que el Director de un establecimiento carcelario no forma parte del cuerpo de vigilancia: primero, porque los Decretos números 1405 de 1934 y 966 de 1937 hacen una división del personal que integra las Cárceles y Penitenciarías, así: Personal directivo, administrativo, científico y pedagógico, industrial, de custodia y vigilancia y de protección; segundo, porque las calidades exigidas para ser Director de Cárcel de Distrito Judicial y las funciones que ellos desempeñan, son totalmente diferentes de aquellas exigidas para los cuerpos de custodia y vigilancia. El personal directivo ejerce funciones técnico-administrativas en cuanto a organización interna de la Penitenciaría, reglamentación de trabajo para los detenidos, observación y vigilancia para que la detención y penas privativas de la libertad sean un medio de "regeneración moral y de readaptación a la disciplina social" constituyendo esta finalidad el objeto primordial de la organización del establecimiento a su cargo; el cuerpo de custodia y vigilancia ejerce funciones militares; el Jefe debe tener grado de oficial del Ejército, organiza militarmente el Cuerpo de Guardianes disponiendo el servicio de los mismos en cuanto a vigilancia de los presos, control de armas y municiones; en fin, realiza todas aquellas atribuciones de carácter militar destinadas a cumplir lo dispuesto por los artículos 46, 47 y 48 del Decreto número 1405 de 1934; y tercero, porque los Directores de Penitenciarías, Cárceles Nacionales, Departamentales o Municipales no tienen el carácter de oficiales, sub-oficiales ni soldados en razón del cargo que ocupan, ni siquiera se asimilan a civiles al servicio de las Fuerzas Militares.

Así, pues, ni por la naturaleza del cargo, ni por la finalidad de las funciones que desempeñan que son de origen técnicoadministrativo, los Directores de Cárceles se hallan incorporados o asimilados a los Cuerpos de Vigilancia de Cárceles, de que tratan las disposiciones que se analizan.

El artículo 5º del Decreto número 3518 de 1949,

incorporó a la Policía Nacional los Cuerpos de Vigilancia de Cárceles, y éstos no son otros que aquellos que expresamente determina el artículo 6º del Decreto número 966 de 1937, o sea, los Jefes y Oficiales de Guardia, los Inspectores y sub-Inspectores y los Guardianes. Sólo a éstos —Cuerpo de Vigilancia de Cárceles—, por regla general, les son aplicables para su juzgamiento las disposiciones contenidas en los Decretos números 3518, de 1949, 1814 de 1953 y 1426, de 1954. En otros términos, la Justicia Penal Militar sólo tiene jurisdicción y competencia para juzgar de delitos cometidos por el personal que integra los cuerpos de vigilancia de las cárceles cuando se halla en servicio activo. En los demás casos, y para el personal que no se halla incluído dentro de esa modalidad, la competencia es de la justicia penal ordinaria.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DIRIME la colisión de competencias en el sentido de atribuir el conocimiento del presente negocio al Juez Segundo Superior del Distrito Judicial de Manizales.

Dése cuenta de lo resuelto aquí, al Comando de la Brigada.

Cópiese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez — Jesús Estrada Monsalve — Domingo Sarasty Montenegro — Luis Zafra — Julio E. Argüello, Secretario.

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO PENAL

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, veintidós de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra)

En cumplimiento del artículo 8º de la Ley 50 de 1933, la Sala Penal de la Corte emite su concepto sobre la solicitud del señor Procurador General de la Nación para que se cambie de sede el proceso contra Pablo Núñez, Alfredo Parra y Argilio Montealegre, por el delito de concusión, negocio de que conoce el Juzgado 1º Superior de Ibagué.

El Jefe del Ministerio Público considera necesaria esa medida excepcional, por lo siguiente:

"En primer término, no aparece funcionario hábil que en primera y segunda instancia conozca de este proceso, así como también el hecho investigado ha provocado una conmoción social que no garantiza una recta administración de justicia, por razón de los cargos ocupados por los sindicados y de las personas que han intervenido en el proceso".

Es de advertir que el señor Procurador se hizo parte en dicho negocio, por medio de un Delegado suyo (artículo 13, Ley 83 de 1936), en vista de la gravedad especial del asunto, pues a los sindicados se les imputan cargos en ejercicio de funciones públicas: a Pablo Núñez como Auxiliar de un Magistrado del Tribunal Superior de Ibagué; a Alfredo Parra como Escribiente de la Secretaría de la misma Corporación; y a Argilio Montealegre como Secretario del Juzgado 2º Superior de esa ciudad.

Los hechos concretos determinantes del cambio de radicación, los saca el señor Procurador del informe que le rindió su Delegado. Conviene transcribirlos:

"...Existió una innoble campaña contra el Juez 1º Penal del Circuito (que es el investigador, aclara la Corte) y contra el Fiscal del Juzgado 2º Superior, consistente en maledicencias públicas por parte de algunos Jueces y la casi totalidad de empleados de la Rama Jurisdiccional de Ibagué, por el solo motivo de haber adelantado con arreglo a la Ley la instrucción del proceso.

"...Tal campaña de difamación tuvo por objeto en principio el coaccionar al Juez para que revocará la detención y luégo con el objeto de hacerle separar de la instrucción sumaria.

"...Agobiado por el peso de tanta injusticia, el señor Juez 1º Penal del Circuito en un principio presentó renuncia de su cargo ante el señor Presidente del Tribunal, renuncia que no fue aceptada y luégo hubo de remitir el sumario a los Jueces Superiores, el primero de los cuales se manifestó impedido.

"...El señor Juez 2º Superior también deberá manifestarse impedido por cuanto uno de los sindicados, Argilio Montealegre, desempeñó el cargo de Secretario de su Juzgado hasta el momento de ser detenido.

"...Igualmente, el señor Juez 3º Superior deberá manifestarse impedido, ya que su Secretario es el señor Luis Núñez, hermano del sindicado Pablo Núñez y aunque se le separe de la investigación a Luis Núñez, su influencia será latente sobre el secretario **ad hoc**, que lo será el Oficial Mayor del Juzgado.

"...En la presente semana el Tribunal repartirá y tramitará la apelación intentada por el suscrito y tengo conocimiento de que dos de los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal se declararán impedidos, así: el doctor David Rincón Bonilla, por cuanto su subalterno inmediato, el señor Pablo Núñez, se halla sindicado, y el doctor Felipe Salazar Santos por cuanto estima que su condición de denunciante en tan delicado caso puede llegar a inhibirle.

"...Los conjueces también están impedidos, pues entre ellos están los doctores Ernesto Lucena Bonilla, apoderado de Montealegre y Parra: Luis Guillermo Granados, quien en principio fue apoderado de Montealegre.

"...Existe un movimiento de tipo gremial en Ibagué para amparar por cualquier medio a los sindicados, y otro por parte de algunos abogados, válidos en estrados, con el mismo fin...".

El señor Procurador acompañó copia de un memorial del preso Edmundo Peralta Bretón, dirigido al Presidente del Tribunal Superior de

Ibagué, en que denuncia el delito que es materia del proceso cuyo cambio de radicación se pide; copia del auto de fecha 12 de julio último, por medio del cual el investigador ordenó detener preventivamente a los sindicados Alfredo Parra, Argilio Montealegre y Pablo Núñez, por concusión; y copia del estudio hecho por el Delegado de la Procuraduría sobre algunos aspectos jurídicos del auto de detención, contra el cual reclamó, en orden a que el Superior ordene igualmente detener a José Vicente Patiño, y califique a Parra y Montealegre como coautores, en vez de cómplices no necesarios, que les asignó el Juez 1º Penal del Circuito de Ibagué.

Se considera:

1º El delito de concusión, de que se sindica a Núñez, Parra y Montealegre es de la competencia del Juez Superior, según los artículos 45 del Código de Procedimiento Penal y 1º del Decreto Legislativo número 3347 de 1950. Por lo tanto, el proceso puede trasladarse de un Distrito Judicial a otro. (Artículo 58, C. de P. P.).

2º Como lo ha sostenido reiteradamente la Corte, los motivos de impedimento que puedan concurrir en los Jueces que han de conocer de un proceso, no son suficientes, por sí solos, para cambiar de radicación el negocio, ya que ese obstáculo, derivado de la capacidad subjetiva en concreto del juzgador, puede removerse por los medios ordinarios que consagra la ley, sin necesidad de alterar el elemento territorial de la competencia, bien mediante la declaración del Juez, de hallarse impedido, o bien ejerciendo las partes el derecho de recusarlo. (Artículos 72 y 76, C. de P. P.). En consecuencia, la posibilidad de que en el caso sub judice no haya "funcionario hábil que en primera y segunda instancia conozca de este proceso", es cuestión susceptible de resolver por el sistema común de los impedimentos y las recusaciones, y no por el extraordinario de radicar el expediente en otro Distrito Judicial.

3º En cambio, el hecho gravísimo invocado por el señor Procurador, de que en Ibagué —donde debe juzgarse a los sindicados— se ha constituído una especie de "tipo gremial por parte de algunos Jueces y la casi totalidad de empleados de la Rama Jurisdiccional", grupo que lo integran también "algunos abogados", con el fin de "amparar por cualquier medio" a los presuntos responsables, hasta el extremo de haber intentado, primero, coaccionar al Juez investigador para que revocara el auto de detención, y luégo para que se separara de la instrucción sumaria, está indicando, con demasiada elocuencia, que en dicha ciudad hay un ambiente impropicio para que la justicia se administre correctamente en el mencionado proceso contra Núñez y otros. Y, en tal virtud, es necesario sacar de allí el negocio, a fin de defender las garantías del juzgamiento y el interés social: evitar toda influencia perturbadora sobre los Jueces que pueda menoscabar su libre y soberana decisión; y dar, por último, confianza a la ciudadanía acerca de la imparcialidad del juzgador.

4º Las circunstancias en que se funda el distinguido Agente del Ministerio Público para solicitar el cambio de radicación, deben tenerse como ciertas, porque de ellas dá fe en el ejercicio de sus funciones. (Artículos 632 C. J. y 251, C. de P. P.).

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Penal, conceptúa que es el caso de radicar en otro Distrito Judicial el proceso que, por el delito de concusión, se les sigue a Pablo Núñez, Alfredo Parra y Argilio Montealegre en el Juzgado 1º Superior de Ibagué

Cópiese y devuélvanse las diligencias al Ministerio de Justicia.

Ricardo Jordán Jiménez — Jesús Estrada Monsalve — Domingo Sarasty M. — Luis Zafra — Julio E. Argüello, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS — DELITOS CONEXOS

En la concurrencia de estas infracciones no se trata de asignar la competencia por razón de estar atribuído el conocimiento de los hechos a diversas competencias, como sería el caso del artículo 50 de la ley procedimental, ni de fijar la facultad para conocer y juzgar delitos continuados o crónicos cometidos en lugares pertenecientes a distintas jurisdicciones, caso previsto por el artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, sino de resolver el problema de competencias para delitos cometidos en lugares diferentes y sometidos a diversas jurisdicciones, infracciones de las cuales conocen en primera instancia los Jueces Penales de Circuito. (Artículo 3º, Decreto número 3347 de 1950).

Siendo competentes para conocer de esa clase de delitos los Jueces Penales de Circuito, la competencia se determina por la norma del artículo 57 del Código de Procedimiento Penal, pues, tratándose de juzgar delitos cometidos en lugares distintos "prevendrá en el conocimiento el Juez competente por la naturaleza del hecho del lugar en que primero se formule el denuncio o en que primero se inicie la instrucción, y, en en igualdad de circunstancias, el del lugar en que primero se haya aprehendido al inculpado", disposición aplicable al caso de estudio, por no existir norma especial en la ley que resuelva el problema de delitos conexos.

"No encontrándose previsto en el estatuto procesal —ha dicho la Corte —el caso de delitos conexos cometidos en diversas jurisdicciones, su ocurrencia ha de estimarse comprendida dentro de lo dispuesto en el artículo 57 de aquella obra y regirse por tal norma. Interpretación ésta que se vigoriza aún más lógicamente si se tiene en cuenta la íntima relación entre los delitos investigados y el haber presentado la denuncia e iniciado la instrucción en la misma ciudad donde el primero de ellos en el tiempo y en la intención del agente, tuvo lugar".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto veintitrés de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

Con la facultad conferida por el artículo 42, numeral 4º del Código de Procedimiento Penal, procede la Corte a resolver el incidente de colisión de competencias negativa provocada por el Juzgado Segundo Penal de Pereira, al Juzgado Penal del Circuito de Anserma.

Hechos

Ofelia Saldarriaga, tenía una casa de citas en la ciudad de Pereira, vivía en compañía de su hija Nely Trejos y de su sobrino Gabriel Trejos, quien desempeñaba el oficio de cantinero. El nueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, Nely fue sorprendida por su madre cuando leía un libro sobre temas sexuales, libro o revista que —según parece— fue llevado a casa por Gabriel Trejos. Esta circunstancia dio lugar para que Ofelia Saldarriaga pusiera en tela de juicio la virginidad de Nely y le manifestara la necesidad de concurrir donde el médico para que la examinara. Entonces Nely manifestó a Gabriel su decisión de abandonar la casa, quien se opuso a esa determinación, pero ante la insistencia de Nely resolvió acompañarla.

El nueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, salieron de Pereira con dirección a la ciudad de Anserma; se hospedaron en un hotel y allí tuvieron el primer acceso carnal (hubo desfloración. Concepto médico-legal). Al día siguiente fueron a Riosucio y se hospedaron en la finca de Saulo Trejos, en donde permanecieron por espacio de cinco días hasta que fueron capturados por la Policía y conducidos a la ciudad de Pereira.

Nely y Gabriel Trejos, de acuerdo con las partidas de nacimiento (fls. 37 y 38) son hermanos naturales; en la fecha en que se sucedieron los

hechos, la ofendida tenía catorce años, ocho meses y diez y siete días.

Estos hechos dieron lugar a la denuncia formulada por Ofelia Saldarriaga, ante la Inspección Cuarta de Policía de la ciudad de Pereira, el día veinte de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, por los delitos de rapto, incesto y corrupción de menores.

Colisión

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira, en providencia de diez y siete de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, después de analizar los delitos investigados, dice:

"Que Gabriel Trejos no cometió los delitos de rapto e incesto, pero que sería responsable del delito de corrupción de menores. Y si esto es así, el Juez del conocimiento sería el Penal del Circuito de la ciudad de Anserma, correspondiente al Distrito Judicial de Manizales.

"En la ciudad de Anserma, de acuerdo con lo dicho por el sindicado y la ofendida, se llevó a cabo el acceso carnal, constitutivo principal del delito cometido por éste. Allí se llevó a cabo hasta su perfección tal calidad delictual y por consiguiente es allí donde debe resolverse hasta su definitiva la situación del sindicado...

"En caso de no ser aceptados los razonamientos por el señor Juez citado, este Despacho le provoca **colisión de competencia-negativa**; para que sea dirimida por la Honorable Corte Suprema de Justicia...".

El Juzgado Penal del Circuito de Anserma en auto de veinticinco de julio de mil novecientos cincuenta y cinco, acepta la colisión de competencia negativa provocada por el Juzgado de Pereira, y como razones expresa las siguientes:

"El principal argumento en que se apoya el señor Juez Segundo Penal del Circuito de Pereira para desechar la competencia, es, como ya se expresó, el de que sólo aparece configurado de autos el delito de corrupción de menores y que tal delito tuvo su cumplimiento en esta ciudad. En cuanto a los demás delitos investigados, descarta la responsabilidad del sindicado...

"El Decreto Extraordinario número 3347 de 31 de octubre de 1950 —anterior a los hechos investigados— dispone en su artículo 3º que los Jueces de Circuito en el Ramo Penal conocerán, en primera instancia, además de los asuntos que les están atribuídos, de los delitos de violencia carnal, estupro, abusos deshonestos, **corrupción de menores, rapto e incesto**...

"Se tiene de lo anterior, que tanto el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira como éste, son competentes para conocer de los delitos investigados rapto, incesto y corrupción de menores por mandato de la ley, pero como los hechos comentados se registraron en distintas jurisdicciones (Pereira de ese distrito judicial y Anserma del distrito judicial de Manizales), la competencia para su conocimiento debe de decidirse en atención a tal circunstancia, teniéndose en cuenta que tales hechos guardan estrecha relación de conexidad".

Se considera:

"El delito de rapto —ha dicho la Corte— se configura por el empleo de violencia física o moral o maniobras engañosas de cualquier género, para sustraer, arrebatar o retener a una mujer, con el propósito de satisfacer algún deseo erótico sexual o de casarse con ella. El elemento material de este delito radica en la sustracción, arrebato o retención de la mujer, y el elemento intencional lo determina el simple propósito de satisfacer algún deseo erótico sexual o de casarse con ella; no es necesario, pues, la consumación de las finalidades perseguidas por el agente para que el hecho exista como infracción de la ley penal. De manera que cualquier otro delito que se cometa contra la libertad y el honor sexuales de la mujer raptada constituye una nueva violación de la ley penal, independiente del delito de rapto".

Estos elemenos que integran la figura genérica del rapto, sirven para estructurar el delito previsto en el artículo 350 de la Ley Sustantiva, con la diferencia de que el primer delito no hace referencia alguna al consentimiento de la ofendida, en tanto que, en el segundo, el consentimiento de ésta para llevar a cabo la sustracción o la retención, no elimina la responsabilidad, porque en estos casos, lo que se tutela no es propiamente la libertad personal sino los derechos de la familia, base fundamental de la organización social.

El delito de incesto puede consumarse en dos formas: ora por la ejecución del acto carnal, bien por la realización de actos eróticos sexuales, a condición de que unos y otros se realicen entre personas vinculadas por consaguinidad o afinidad, en los grados que determina la ley.

El delito de corrupción de menores —en este caso— se caracteriza por el acceso carnal con una mujer mayor de catorce años y menor de

diez y seis, aún con su consentimiento (artículo 326 del C. P.). Es predominante en esta infracción catalogada en el Capítulo de la Corrupción de Menores, que exista acceso carnal, que la mujer sea mayor de catorce años y menor de diez y seis, ya que el consentimiento ante la ley no amnora ni excluye la responsabilidad cuando la edad de la ofendida fluctúa entre el máximo y mínimo señalado por la ley.

El análisis de los delitos imputados al acusado no implica la determinación de la responsabilidad que asume ante la ley. La responsabilidad es objeto de estudio en las instancias del juicio, mas no, en un incidente de colisión de competencias. Su examen hace referencia a la configuración jurídica del delito para atribuir la competencia a la autoridad que debe conocer del proceso.

En la concurrencia de estas infracciones no se trata de asignar la competencia por razón de estar atribuído el conocimiento de los hechos a diversas competencias, como sería el caso del artículo 50 de la Ley procedimental, ni de fijar la facultad para conocer y juzgar delitos continuados o crónicos cometidos en lugares pertenecientes a distintas jurisdicciones, caso previsto por el artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, sino de resolver el problema de competencia para delitos cometidos en lugares diferentes y sometidos a diversas jurisdicciones, infracciones de las cuales conocen en primera instancia los Jueces Penales de Circuito. (Artículo 3º, Decreto número 3347 de 1950).

Siendo competentes para conocer de esa clase de delitos los Jueces Penales de Circuito, la competencia se determina por la norma del artículo 57 del Código de Procedimiento Penal, pues, tratándose de juzgar delitos cometidos en lugares distintos "prevendrá en el conocimiento el Juez competente por la naturaleza del hecho del lugar en que primero se formule el denuncio o en que primero se inicie la instrucción, y, en igualdad de circunstancias, el del lugar en que primero se haya aprehendido al inculpado", disposición aplicable al caso de estudio, por no existir norma especial en la ley que resuelva el problema de delitos conexos.

"No encontrándose previsto en el estatuto procesal —ha dicho la Corte— el caso de delitos conexos cometidos en diversas jurisdicciones, su ocurrencia ha de estimarse comprendida dentro de lo dispuesto en el artículo 57 de aquella obra y regirse por tal norma. Interpretación ésta que se vigoriza aún más lógicamente si se tiene en cuenta la íntima relación entre los delitos investigados y el haberse presentado la denuncia e iniciado la instrucción en la misma ciudad donde el primero de ellos en el tiempo y en la intención del agente, tuvo lugar".

La denuncia fue presentada en la ciudad de Pereira; allí se realizó el primer hecho y se adelantó la correspondiente investigación; en este lugar se aprehendió al inculpado, se le recibió indagatoria y se libró auto de detención. Luego, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 57 del Código de Procedimiento Penal, pertinente al caso, el conocimiento del negocio en primera instancia corresponde al Juez Penal del Circuito de Pereira, y no al Juez Penal de Anserma, funcionarios entre quienes ha surgido el incidente de colisión de competencias.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DIRIME la colisión de competencias, en el sentido de atribuírle el conocimiento al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira.

Dése cuenta de lo resuelto al Juez Penal del Circuito de Anserma.

Cópiese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez — Jesús Estrada Monsalve — Domingo Sarasty Montenegro — Luis Zafra — Julio E. Argüello, Secretario.

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO — CONSULTA

Antes de la vigencia del artículo 5º, inciso 2º del Decreto número 3347 de 1950, la Sala, interpretando las disposiciones de la ley procedimental, llegó a la conclusión de que "los sobreseimientos definitivos deben ser consultados, porque así lo indican los artículos 189, 410, 430 y 153 del C. de P. P." Ha dicho igualmente la Corte que: "En todos los casos en que la consulta es forzosa, se subentiende ella, no obstante que omitan disponerla los falladores de instancia." Con mayor razón es imperativa la consulta de sobreseimiento definitivo cuando hay disposición que así lo determina, como es el caso del artículo 5º, numeral 2º del Decreto citado, que expresa: "En todo caso los autos de sobreseimiento definitivo, serán consultados con el respectivo superior".

El Tribunal —en segunda instancia— sólo tenía facultad para revisar la providencia del Juzgado, pero en ningún caso para adicionarla dictando auto de sobreseimiento definitivo en favor de uno de los procesados, porque esto equivale a sustituir al juzgador de primer grado, error que conduce, por una parte, a pretermitir una instancia, pues no hay entidad de superior jerarquía con poder suficiente para que revise por apelación o consulta dicha providencia, y por otra, se usurpa jurisdicción, porque —se repite— el conocimiento de estos negocios —delitos comunes de homicidio— los atribuye la ley a los Juzgados Superiores y no a los Tribunales, quienes conocen de estos procesos en grado de apelación o consulta. (Artículos 45, letra i) y 44, numeral 3º del C. de P. P.).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto veintiseis de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

El Fiscal Segundo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, ha recurrido de hecho contra la providencia de seis de junio de mil novecientos cincuenta y cinco, por la cual dicha Entidad negó conceder el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 18 de mayo del presente año.

Antecedentes

En grados de apelación y consulta el Tribunal conoció del proceso que por un delito "Del Homicidio" se adelanta contra **Virgilio Urbano Riascos** y otros. Al tramitarse el recurso, el Agente del Ministerio Público —concepto 20 de abril de 1955— observa que dentro del proceso se recibió declaración indagatoria a Alfredo Cabezas, Heliodoro Torres Palacios, José Urbano Torres, Eric Preciado Olmedo y Virgilio Urbano Riascos. Que el Juzgado Segundo Superior, en auto de veinticuatro de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco, definió la situación jurídica de la mayoría de los sindicados, dejando pendiente la sindicación de Eric Preciado Olmedo y que para corregir esa irregularidad debe revocarse la providencia a fin de que el Jurado resuelva lo que sea legal.

El Tribunal, en auto de 18 de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco, confirmó el llamamiento a juicio contra Virgilio Urbano Riascos y el sobreseimiento definitivo en favor de Alfredo Cabezas Paz, Heliodoro Torres Palacios y José Urbano Torres, adicionando dicha providencia con el sobreseimiento definitivo en favor de Eric Preciado, por hallarse dentro de las mismas circunstancias de los anteriores.

"Considera entonces la Sala —dice el Tribunal— que en este sentido, y como ya lo ha resuelto en casos similares, debe adicionarse el auto de primera instancia, y, que —se repite— es objeto de revisión total. Sólo en el evento de que se omita por el Juez **a quo** definir la situación jurídica de un sindicado que debe responsabilizarse en juicio, resulta indispensable la revocatoria del auto respectivo por parte del superior, porque de lo contrario puede argüírse que se han conculcado los derechos de defensa, al no tener oportunidad de interponer todos los recur-

sos que la ley le confiere para ante el funcionario de primer grado, esto es, los de reposición y apelación, y sustentarlos luégo ante el superior".

El Fiscal del Tribunal al notificarse de esta providencia, pidió que se declarara la nulidad de lo actuado, y en subsidio apeló del sobreseimiento definitivo. Los motivos de esta solicitud pueden concretarse así:

a) Al dictar sobreseimiento definitivo en favor de Preciado Olmedo, se pretermite una instancia, se usurpa jurisdicción y se incurre en la causal de nulidad prevista en el numeral 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal;

b) Los autos de sobreseimiento definitivo deben ser consultados con el superior inmediato; así lo dispone el artículo 530 del C. de P. P. en concordancia con lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 5º del Decreto número 3347 de 1950; y,

c) Como en este caso el Tribunal actúa como Juez **a quo**, la consulta del sobreseimiento debe ordenarse para ante el inmediato superior.

El Tribunal, en providencia de seis de junio de mil novecientos cincuenta y cinco, negó las peticiones del Agente del Ministerio Público, por lo cual pidió reposición de dicho auto, y para el caso de ser negada, solicitó le expidieran copias para interponer recurso de hecho. Negada la reposición, se ordenó expedir las copias para que ante la Corte se surtiera el recurso.

Se considera:

Por regla general, en los juicios civiles como en los procesos penales hay dos instancias o grados. La una se surte ante los Jueces que tienen jurisdicción y competencia para resolver la primera faz del negocio; la otra, ante funcionarios de superior jerarquía que con los mismos atributos de jurisdicción y competencia revisan las providencias del inferior. La finalidad de las instancias tiene como base, por una parte, la de garantizar la imparcialidad e independencia en la administración de justicia respecto de los funcionarios que la administran; y, por otra, la de proteger y garantizar los derechos de las partes que intervienen en los juicios o procesos, para que la justicia sea la expresión del derecho controvertido, o la expresión de la verdad en los hechos investigados.

En los procesos penales, cuando se trata de averiguar la responsabilidad por infracciones de la ley sustantiva el proceso finaliza; bien, por medio de sentencia definitiva condenatoria o absolutoria según el caso, ora, por auto de sobreseimiento definitivo; ya, también por virtud de providencia dictada de acuerdo con las normas del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal. En los tres casos, la decisión que se pronuncie está sujeta a recursos de apelación o consulta. Apelación, si las partes dentro de los términos legales así lo piden; consulta, cuando existe un ordenamiento legal.

Antes de la vigencia del artículo 5º, inciso 2º del Decreto número 3347 de 1950, la Sala, interpretando las disposiciones de la ley procedimental, llegó a la conclusión de que "los sobreseimientos definitivos deben ser consultados, porque así lo indican los artículos 189, 410, 430 y 153 del C. de P. P." Ha dicho igualmente la Corte que: "En todos los casos en que la consulta es forzosa, se subentiende ella, no obstante que omitan disponerla los falladores de instancia". Con mayor razón es imperativa la consulta de sobreseimiento definitivo cuando hay disposición que así lo determina, como es el caso del artículo 5º, numeral 2º del Decreto citado, que expresa: "En todo caso los autos de sobreseimiento definitivo, serán consultados con el respectivo superior".

El Tribunal —en segunda instancia— sólo tenía facultad para revisar la providencia del Juzgado, pero en ningún caso para adicionarla dictando auto de sobreseimiento definitivo en favor de uno de los procesados, porque esto equivale a sustituir al juzgador de primer grado, error que conduce, por una parte, a pretermitir una instancia, pues no hay entidad de superior jerarquía con poder suficiente para que revise por apelación o consulta dicha providencia, y por otra, se usurpa jurisdicción, porque —se repite— el conocimiento de estos negocios —delitos comunes de homicidio— los atribuye la ley a los Juzgados Superiores y no a los Tribunales, quienes conocen de estos procesos en grado de apelación o consulta. (Artículos 45, letra i) y 44, numeral 3º del C. de P. P.).

En estas condiciones, la petición del Agente del Ministerio Público estaba justificada. Debió ser oída por ser la invocación de preceptos legales que regulan la tramitación de las instancias y la forma como deben resolverse, sin que valga la razón de que "Sólo en el evento de que se omita por el Juez **a-quo** definir la situación jurídica de un sindicado que debe responsabilizarse en juicio, resulta indispensable la revocatoria del auto respectivo por parte del superior", porque esto no lo autoriza la ley.

El recurso de apelación contra el auto de sobre-

seimiento definitivo dictado por el Tribunal, debía negarse como lo hizo dicha Entidad, porque esas providencias no comportan ese grado de jurisdicción, ora porque el Tribunal no conoce de esos negocios en primera instancia sino en segunda, por apelación o consulta, bien, porque la Corte no tiene jurisdicción y competencia para conocer sino "de los recursos de apelación en los asuntos fallados en primera instancia por los Tribunales Superiores" (artículo 42, numeral 2º del C. de P. P.), y estos casos no pueden ser otros que aquellos que cometen los funcionarios en ejercicio de funciones o por motivos inherentes al cargo, infracciones que se denominan delitos de responsabilidad.

Por estas razones, ni el recurso de hecho, ni el de apelación, tienen operancia jurídica cuando se trata de providencias dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial como funcionarios de segunda instancia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECLARA BIEN DENEGADA la apelación interpuesta por el Fiscal Segundo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, contra la providencia de 18 de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco, por la cual se sobresee definitivamente en favor de Eric Preciado Olmedo, en las diligencias que se adelantan en el Juzgado Segundo Superior por un delito de homicidio cometido en la persona de Justo Pastor Vallejo.

Cópiese y envíese al Tribunal de Cali, para que sea agregado a sus antecedentes.

Ricardo Jordán Jiménez — **Jesús Estrada Monsalve** — **Domingo Sarasty Montenegro** — **Luis Zafra** — **Julio E. Argüello**, Secretario.

SE DECLARA DESIERTO EL RECURSO DE CASACION POR FALTA DE FUNDAMENTACION JURIDICA EN LA DEMANDA

Como lo ha dicho la Sala "cuando el artículo 565 del C. de P. P. dice que el recurso debe declararse desierto si no se fundare en la oportunidad legal, no sólo está indicando la ausencia de todo escrito tendiente a respaldar el propósito de impugnación, sino también el caso en que la demanda a que se refiere el inciso 2º del artículo 563 ibidem, no indique de manera precisa los hechos y las razones jurídicas en que se basa el recurrente y que sirvan a la Corte para hacer un estudio concreto de la providencia recurrida en relación con la causal o causales que se invoquen".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, veintiseis de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra)

Vistos:

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal 1º del Tribunal Superior de Cali contra la sentencia de esa entidad, de fecha seis de julio de 1954, que absolvió a los procesados Clemente Franco y Graciano García Torres del delito de hurto, y los condenó, al primero, a trece meses de prisión, y al último, a un año de la misma pena, como responsable del delito de encubrimiento.

Causal 1ª — Violación de la ley penal

El recurrente formula el cargo, así:

"El señor Juez Promiscuo del Circuito de Buenaventura dejó por fuéra de la sentencia al sindicado Arturo Vivas, lo cual, aunque fue criticado por el Honorable Tribunal Superior de Cali, éste lo aceptó al confirmar la sentencia de primera instancia.

"...Ahora bien: el Tribunal Superior de Cali debió, en vista de tal omisión, revocar la sentencia de primera instancia para que el Juez del conocimiento sentenciara también a Arturo Vivas, y no confirmar como lo hizo dicho proveído. Aplicó, por lo tanto, indebidamente la ley penal".

Esta es toda la sustancia de la breve demanda. De ella se dio conocimiento al señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal para que la ampliara, si era el caso, conforme a lo dispuesto por el artículo 3º del Decreto Legislativo número 1154 de 1954. Pero el distinguido funcionario se abstuvo de hacerlo, por cuanto el libelo fue recibido fuéra de tiempo en la Secretaría de la Corte, y entonces hay que tenerlo como inexistente. En consecuencia, el representante del Ministerio Público, insinúa, pues no lo pide, que se declare desierto el recurso.

Se considera:

1º No es aceptable el punto de vista del señor Procurador Delegado, porque el actor presentó oportunamente el libelo ante el Tribunal Superior de Cali. El traslado de quince días para formular la demanda debía correrse allá, y no en la Secretaría de la Corte, según se dispuso en la siguiente parte del auto que declaró admisible el recurso extraordinario.

"Córrase traslado al recurrente por el término de quince días para que formule la respectiva demanda; y como el señor Fiscal tiene su sede en la ciudad de Cali y carece de jurisdicción territorial para ejercer funciones en Bogotá, se ordena remitir el proceso al señor Presidente de la Sala Penal del Tribunal de origen para que se surta el traslado del caso, en los términos del artículo 563, inciso 2º, del Código de Procedimiento".

De suerte que el autor del recurso disponía de todo el término de quince días para presentar la demanda ante el Tribunal; y así lo hizo. Otro hubiera sido el caso, si el proceso hubiera quedado a disposición del Fiscal en la Secretaría de la Corte, pues entonces sí habría tenido que remitir el escrito con suficiente anticipación para que fuera recibido dentro del plazo legal.

La Corte, en situaciones análogas, ha dicho:

"El recurrente tenía quince días para fundar el recurso, y si lo hizo dentro de ese término ante

el comisionado, como en efecto ocurrió, se conformó con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 563 del estatuto procesal, no siendo, por tanto, procedente declarar desierto el recurso, como lo solicita la Procuraduría. La llegada del expediente a la Corte fuéra del término de fundamentación del recurso, fue ajena a la actividad del Fiscal recurrente". (Auto de 27 de junio de 1955. Casación de Pedro Antonio Saavedra).

2º En cuanto al fondo de la impugnación, se tiene:

En este recurso extraordinario —se ha repetido mucho—, la demanda debe contener una solicitud; una motivación, y la cita de las normas legales que se estimen violadas por el Tribunal. Porque si la casación se funda en una discordancia entre la sentencia acusada y la ley, es natural que el actor indique concretamente cuál es la disposición infringida y por qué. "Todo se reduce a presentar a la Corte un caso de violación de la ley en un proceso criminal; y si la sentencia debe ser precisa y fundada, la demanda debe serlo también, puesto que si se trata de desquiciarla, es necesario que se señale cuáles de los cimientos que le sirven de apoyo, son débiles o están mal colocados y por qué y en qué afecta ello su estructura". (GACETAS números 2149, página 308, y 2153, página 146).

En el presente asunto, el señor Fiscal apenas enunció una tesis, pero sin dar los fundamentos jurídicos de ella. Ni siquiera precisó la disposición violada por el sentenciador. En consecuencia, el escrito sólo puede calificarse de un alegato de instancia, inadmisible en la casación.

Además, la causal primera de este recurso se refiere al quebrantamiento de la llamada ley penal sustantiva, y no a las normas procedimentales que regulan el juzgamiento, las cuales son materia de otras causales distintas, especialmente de la cuarta. Y el actor alude, de modo implícito, al mandato procesal que dispone que debe investigarse y fallarse en un solo proceso cada delito, "cualquiera que sea el número de autores o partícipes". (Artículo 52 C. de P. P.). En este orden de ideas, debió invocar la causal cuarta, y no la primera.

Como lo ha expresado la Sala, "cuando el artículo 565 del C. de P. P. dice que el recurso debe declararse desierto si no se fundare en la oportunidad legal, no sólo está indicando la ausencia de todo escrito tendiente a respaldar el propósito de impugnación, sino también el caso en que la demanda a que se refiere el inciso 2º del artículo 563 ibidem, no indique de manera precisa los hechos y las razones jurídicas en que se basa el recurrente y que sirvan a la Corte para hacer un estudio concreto de la providencia recurrida en relación con la causal o causales que se invoquen". (Auto de 20 de junio de 1945).

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, DECLARA DESIERTO el recurso de casación en referencia.

No se condena en costas al demandante, por tratarse del Ministerio Público. (Artículos 576 C. J. y 7º del C. de P. P.).

Cópiese, notifíquese y devuélvase el negocio.

Ricardo Jordán Jiménez — Jesús Estrada Monsalve — Domingo Sarasty M. — Luis Zafra — Julio E. Argüello R., Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS — MIEMBROS DE LA POLICIA

Si el fuero castrense sólo se hizo extensivo a los miembros de la Policía por el Decreto 1426 de 4 de mayo de 1954, no obstante haberse incorporado dicho servicio a las Fuerzas Armadas por el Decreto 1814 de 1953, es obvio que los hechos de que trata este informativo —ocurridos en el mes de abril de 1952— son del conocimiento de la justicia común.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal.—Bogotá, veintinueve de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

Viene a la Corte este proceso adelantado contra Samuel Antonio Henao Correa, para que se dirima la colisión de competencias negativas suscitada entre el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartago y el Comando Superior de la Tercera Brigada de Cali.

Consta de autos que, en la mañana del 18 de abril de 1952, Samuel Antonio Henao Correa, Agente de la Policía Nacional del Valle, en su carácter de Inspector de Policía del Corregimiento de Villanueva del Municipio de El Aguila, en el mismo Departamento, redujo a prisión a Pedro Valencia García y violó su domicilio, hechos que determinaron el llamamiento a juicio del sindicado, como consta de las providencias del Juzgado 2º Penal del Circuito de Cartago y del Tribunal Superior de Buga visibles a folios 74 y 101 del cuaderno 1º.

Con fecha 19 de abril de 1954, el Juzgado del conocimiento dispuso remitir el proceso a la Brigada de Cali, diciendo:

"...al hacer del expediente un cuidadoso estudio encuentra el despacho que ha perdido jurisdicción en él y que por tal debe abstenerse de proferir la sentencia correspondiente, y en su lugar enviar el plenario a las autoridades competentes que, en el caso lo son las militares de Cali.

"Entiende el Juzgado que el negocio debe ir a estas autoridades porque de conformidad con el Decreto número 1814 de 1953 la Policía Nacional pasó a formar parte de las Fuerzas Armadas y por tal razón, y en armonía con el artículo 8º del Decreto número 1125 de 1950, está sometido a la jurisdicción penal militar todo el personal militar en servicio activo, jurisdicción ésta que al tenor del Decreto número 1005 de 1952 abarca los delitos establecidos en las leyes penales comunes cometidos por militares en servicio activo, en tiempo de guerra, de conflicto armado o turbación del orden público, pero si... bien es cierto que Henao Correa cuando infringió la ley penal no pertenecía a las Fuerzas Armadas es un hecho evidente que el espíritu de esta legislación y la orientación que ella tiene es unificar la acción de la justicia en cuanto a las infracciones cometidas por personas vinculadas a las fuerzas armadas se refiere, y así lo demuestra en forma clara el artículo 140 del Decreto número 2900 de 1953 cuando establece: ...los procesos penales contra miembros de la policía que tengan fuero militar, en virtud de la incorporación de esta Fuerza a las Fuerzas Armadas, se tramitarán con arreglo a las disposiciones de este Decreto...". (126 y v. del cuaderno 1º).

Apelada tal decisión por el defensor del procesado, el Tribunal Superior de Buga la confirmó, en providencia de 14 de julio del mismo año (131 y 132 ibidem).

Recibido el negocio por el Comando Superior de la Tercera Brigada de Cali, este Despacho dijo:

"Devuélvase al señor Juez Segundo Penal del Circuito de Cartago (Valle), a quien corresponde el conocimiento, porque aun cuando es verdad el Cuerpo de Policía Nacional fue incorporado a las Fuerzas Armadas esto ocurrió el 10 de julio de 1953, fecha en que fue expedido al respecto el Decreto 1814; de suerte que cuando se cumplieron los hechos de que se sindica al Cabo de la Policía **Samuel Antonio Henao Correa** y que fue el **18 de abril de 1952**, este empleado aún no tenía fuero castrense, y por consiguiente no lo cobija la Justicia Penal Militar...". (148 ibidem).

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartago le devolvió las diligencias al Comando, entidad que, a su vez, insistiendo en sus puntos de vista, las remitió a la Corte para lo de su cargo (148 v. a 150 v. ibidem).

Se considera:

En auto de fecha 9 de julio del año en curso, proferido en un caso similar al presente, se expresó la Sala en los términos que a continuación se transcriben, como fundamento de esta providencia:

"...Las leyes sobre procedimiento son de aplicación inmediata, tanto en los procesos que estén por iniciarse como para los que se hallen en curso, y rigen para los delitos que se perseguían antes de ser promulgadas.

"Este es un principio que aun cuando no absoluto, sí consagra una regla de interpretación cuando se trata de saber qué preceptos deben aplicarse en los casos de tránsito de una legislación a otra.

"En cuanto al problema que ahora se estudia, es preciso examinar qué disponían los Decretos vigentes en la época en que tuvieron lugar los hechos de que dá cuenta este proceso.

"Decía entonces el Decreto 1534 de 1950 que de los hechos delictuosos, bien por su naturaleza (devastación, saqueo y extorsión) o por deberse a actos del servicio del imputado, conocía la justicia militar. Vinieron luégo los Decretos 1814 y 2900 de 1953, vigente aquél desde el 10 de julio y éste desde el 14 de noviembre del año citado. El artículo 1º del Decreto 1814 dispuso la incorporación de la Policía a las Fuerzas Armadas; y el artículo 140 del Decreto 2900 ordenó que los procesos penales en curso contra miembros de la Policía con fuero militar, en virtud de dicha incorporación, se tramitaran conforme a sus disposiciones. Lo que quiere decir, y ya en presencia del artículo 12 del Decreto 1426 de 1954 que es el último que se ha expedido sobre la materia, que los efectos de dicho artículo sólo comprenden aquellos casos sucedidos con posterioridad a la vigencia de los decretos que se dictaron antes, es decir, cuando ya los miembros de la Policía hagan parte de las Fuerzas Armadas. Y, por lo mismo, los delitos por ellos realizados, sin distinción alguna, corresponden al conocimiento de la Justicia Penal Militar.

"Mas éste no es el caso de los agentes Fernández, Arias y Lozano, puesto que cuando tuvieron lugar los hechos que a ellos se les atribuye la Policía aún no gozaba del fuero consagrado en tal Decreto. Y así resulta claro que el competente para conocer del proceso en que ha surgido la colisión que se va a dirimir es el Juzgado Segundo Superior de Buga".

Si el fuero castrense sólo se hizo extensivo a los miembros de la Policía por el Decreto 1426 de 4 de mayo de 1954, no obstante haberse incorporado dicho servicio a las Fuerzas Armadas por el Decreto 1814 de 1953, es obvio que los hechos de que trata este informativo —ocurridos en el mes de abril de 1952— son del conocimiento de la justicia común. Así lo interpretó la Corte —además— al dirimir por auto de 19 de julio último la colisión surgida entre el mismo Comando de la Tercera Brigada y el Juzgado Segundo Superior de Buga.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, dirime la colisión aquí suscitada en el sentido de que es al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartago y no al Comando de la Tercera Brigada de Cali, a quien corresponde el conocimiento del presente negocio.

Dése cuenta de lo aquí resuelto al Comando de la Tercera Brigada de Cali, y remítase el proceso al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartago.

Cópiese y notifíquese.

Ricardo Jordán Jiménez — Jesús Estrada Monsalve — Domingo Sarasty Montenegro — Luis Zafra — Julio E. Argüello R., Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS EN UN PROCESO POR CALUMNIA

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal.—Bogotá, veintinueve de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

Viene a la Corte el proceso contra Arcadio Arbeláez y otros por calumnia e injuria, para que se dirima la colisión de competencias negativas surgida entre los Jueces Primero Penal del Circuito de Pereira y Segundo Penal del Circuito de Manizales.

Consta de autos que Arcadio Arbeláez, Esteban Alvarez, Enrique Sánchez, Cristóbal Tabares, Fausto Garcés y Antonio Espinosa, le dirigieron al señor Procurador General de la Nación desde Pereira, con fecha 13 de marzo de 1954, el marconigrama que a continuación, en lo pertinente, se transcribe:

"Alarmantísima situación desatada motivo retiro Alcalde Militar Santuario..... Gobernador Manizales, enemigo programa Paz, Justicia y Libertad niéganos protección. Rogamos encarecidamente prestarnos su valiosa cooperación ante el señor Presidente República..." (fl. 13, cuaderno 1).

El 23 de los mismos, el señor Gobernador del Departamento de Caldas, Coronel Gustavo Sierra Ochoa, formuló denuncia contra los firmantes del aludido mensaje, ante el señor Presidente del Tribunal Superior de Manizales, diciendo:

"El texto del telegrama que acaba de transcribirse es calumnioso y contiene una grave injuria contra el exponente, cuando afirma que es 'enemigo programa paz, justicia y libertad' y agrega que niega la protección debida, a los ciudadanos que la demandan...".

Le correspondió conocer de la investigación al Juez Primero Penal del Circuito de Pereira, quien, en auto de 17 de noviembre de 1954, sostiene que "no es competente porque no fue en esta jurisdicción en donde se cometió el delito", y ordena enviar los autos al Juez Penal del Circuito de Manizales, provocándole competencia negativa. Funda su decisión en que cuando el medio de que se vale el agente activo es el de carta o telegrama, el delito se consuma al recibir el agente pasivo la comunicación contentiva de los cargos. Dice al efecto:

"La tipificación del delito de calumnia o injuria se encuentra en la **comunicación** de los hechos imputados. Si estos hechos se hacen públicos, ello apenas actúa como agravante de responsabilidad. Por tal razón el delito se consuma en el lugar en donde se patentiza esa comunicación, porque es allí donde el ofendido estima que su reputación u honor se ha menoscabado. De lo anterior se concluye que por el solo hecho de introducir al correo una carta o a la Oficina de Telégrafos un telegrama en donde se revelan o hacen cargos injuriosos o calumniosos, no es suficiente para que nazca a la vida jurídica el delito o delitos en mención, por razón de que la comunicación no ha hecho aún patente el peligro, menos el daño, que implica o conlleva la calumnia o la injuria".

Por su parte, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Manizales dispuso el envío del expediente a la Corte, argumentando:

"...Como se ha visto el mensaje en referencia fue dirigido de Pereira a Bogotá. En la primera de las ciudades citadas no podía hacerse pública la imputación que contiene el mensaje, por su carácter de privado o reservado al ser introducido en la oficina que lo transmitió. Luego donde perdió el carácter de privado o reservado fue en Bogotá...

"Aunque los signatarios del mensaje sean de Pereira, el destinatario de Bogotá y el que se considera calumniado de este lugar, en donde la intención de los signatarios adquirió realidad objetiva fue en Bogotá y allí fue donde primero se conoció la imputación. Por tanto se acepta que la infracción de que se trata no se consumó en Pereira pero no se acepta que se hubiera consumado en Manizales, y de allí que se admita que el señor Juez Primero Penal del Circuito de Pereira, no es competente para conocer de este sumario, y se rechazan las razones que aduce dicho funcionario para sostener que es a este despacho a quien corresponde el conocimiento del asunto,

porque en realidad de verdad el suscrito Juez considera que el presente negocio no es de su competencia y en consecuencia se niega a conocer de él".

Se considera:

Motivo de la controversia surgida entre los referidos funcionarios judiciales fue el estimarse por ambos —como se infiere de los apartes transcritos— que la modalidad delictuosa materia de la presente investigación es la contemplada en el artículo 333 del Código Penal. Pero en el hecho 6º de la denuncia —que ha de presumirse verdadero a falta de toda prueba en contrario— se dice que "Las especies calumniosas e injuriosas de que se trata sirvieron de fundamento para que un órgano escrito de la ciudad de Pereira hiciera publicaciones con las cuales se informa a la ciudadanía acerca de hechos falsos, se pone en tela de juicio la conducta del suscrito Gobernador del Departamento de Caldas y se crea un clima de falsa alarma en la población de Santuario".

El hecho falsamente imputado al denunciante, con mengua de su parimonio moral, se habría divulgado entonces por los medios a que se refiere el artículo 334 de la misma obra. En tales casos sucede con frecuencia —dados los modernos sistemas de comunicación o de transporte— que la imputación constitutiva del ilícito se dé a conocer en lugares distintos de aquel de donde proviene o de aquel a donde está destinada; o que la noticia calumniosa o injuriosa que se imprime en un lugar determinado, se haga pública simultáneamente en otro u otros sitios. El precepto o norma aplicable, en esos supuestos, es el artículo 57 del Código de Procedimiento Penal, que dice:

"Si el lugar en que se cometió el delito fuere desconocido, o si se tratare de un delito cometido en el Extranjero, o en lugares distintos, prevendrá en el conocimiento el Juez competente, por la naturaleza del hecho, del lugar en que primero se formule el denuncio, o en que primero se inicie la instrucción y, en igualdad de circunstancias, el del lugar en que primero se haya aprehendido al inculpado".

Así lo ha resuelto la Sala en diversas oportunidades. Para aludir a una de las más recientes, se transcribe a continuación lo expresado en auto de 2 de mayo último:

"De ahí que siempre que se trate de averiguar a qué Juez compete el conocimiento del respectivo proceso sea indispensable saber primero en qué territorio se realizó el delito, es decir se puso en conocimiento de los lectores o auditores lo escrito o referido, porque puede ocurrir que el lugar de la edición o impresión no sea el de la divulgación, o que ésta se verifique en forma simultánea en varios territorios o jurisdicciones. Y esto resulta no sólo probable sino que así sucede muy frecuentemente, dados los medios de divulgación (estaciones radiotrasmisoras) y los modernos de transportes (aviones) que hoy existen; por lo cual no sería raro que una determinada noticia se difundiera primero en sitio distinto de aquel de donde proviene. En este último supuesto (simultaneidad) habrá de aplicarse las reglas sobre la competencia preventiva establecidas en el artículo 57 del C. de P. P....."

Formulada la denuncia por el Coronel Sierra Ochoa ante el Tribunal Superior de Manizales, serían los Jueces de este Circuito los llamados a conocer del negocio, si también allí se hubiera divulgado la falsa imputación. Habiéndose conocido éste únicamente en Bogotá, residencia del señor Procurador General de la Nación a quien fue dirigida, y en Santuario y Pereira, la competencia debe fijarse en la última de las ciudades nombradas, lugar donde se inició la instrucción correspondiente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DIRIME la colisión de que se hace mérito declarando que es al señor Juez Primero Penal del Circuito de Pereira a quien corresponde conocer de este proceso.

Hágase saber lo resuelto al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Manizales.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez — Jesús Estrada Monsalve — Domingo Sarasty Montenegro — Luis Zafra — Julio E. Argüello, Secretario.

LA REDACCION DE LOS CUESTIONARIOS QUE SE SOMETEN AL JURADO, SEGUN EL SISTEMA VIGENTE. — LA INTERVENCION DE LA PROCURADURIA EN LOS ASUNTOS DEL CONOCIMIENTO DE LA SALA PENAL DE LA CORTE CUANDO EL RECURSO DE CASACION HA SIDO INTERPUESTO POR LOS FISCALES DE LOS TRIBUNALES

1.—A partir del 9 de abril de 1954, la intervención de la Procuraduría en los asuntos del conocimiento de la Sala Penal de la Corte cuando el recurso extraordinario ha sido interpuesto por los Fiscales de los Tribunales, ha quedado limitada a ampliar AD LIBITUM la demanda del recurrente, si para ello encuentra mérito suficiente.

Esta facultad, bien entendida, implica no sólo la de ofrecer más argumentos de los expuestos en el escrito respectivo o la de presentar otros motivos de casación dentro de la causal invocada —lo que equivaldría apenas a reforzarla— sino la de acudir a otras causales distintas de aquellas de que se valió el Fiscal.

2.—El artículo 28 de la ley 4ª de 1943 vino a substituir el sistema que sobre la manera de redactar los cuestionarios establecía el art. 298 del C. de P. P. diferenciándose los dos, el derogado y el vigente, no sólo en cuanto a su forma y contenido sino también en el número de cuestiones, cada una de las cuales permitía contestar con un "sí" o con un "no", simplemente.

Hoy, en presencia del nuevo precepto, en una sola cuestión debe estar comprendido el hecho materia de la causa conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyen, pero sin darle denominación jurídica. Esto, porque los jueces de conciencia afirman o niegan la responsabilidad no sobre un delito, cuya definición corresponde al Juez ante quien se adelanta el proceso, sino sobre el aspecto material del acto que se juzga y acerca de las modalidades de realización que lo configuran.

El Jurado, a su turno, no está constreñido —en su respuesta— a una afirmación o negación, sino que puede añadir todo aquello que conforme a su criterio considere encaminado a expresar concretamente su voluntad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, treinta y uno de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

Con motivo de haberse interpuesto por parte del representante del Ministerio Púbilco en la Segunda Instancia el recurso extraordinario de casación, **hállase sub-judice** ante la Corte la sentencia de 9 de noviembre de 1954 del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, en la que se confirma la de 18 de marzo de 1953, del Juzgado Segundo Superior de ese Distrito Judicial, que absolvió a Carlos Julio y Jesús Albarracín del delito de homicidio.

Y como para estudiar los fundamentos del recurso que contiene la demanda presentada en tiempo oportuno es conveniente conocer los antecedentes del proceso a que ella se refiere, va la Sala a hacer el siguiente resumen de ellos:

1º En un paraje (Santa Ana) del Municipio de El Espino, se encontraron, el 20 de septiembre de 1948, Aristides, Carlos Julio y Jesús Albarracín, padre aquél de estos dos, con José del Carmen del mismo apellido, pariente de los primeros que se han nombrado. Aristides y sus hijos conducían —con ánimo distinto del de apropiárselo— un ternero de propiedad de José del Carmen, cuyo natural reclamo dio origen a una reyerta en la que tomaron parte, de un lado, los dos hermanos, y de otro, el dueño del ternero, quien resultó muerto a consecuencia de los golpes y heridas causados con instrumentos contundentes (piedras) y cortopunzante (cuchillo) que sufrió en la refriega;

2º Llamados a responder en juicio criminal

Carlos Julio y Jesús Albarracín por este hecho (homicidio), el Juez del conocimiento le sometió al Jurado las siguientes preguntas:

"¿El acusado Carlos Julio Albarracín, de veinticuatro años de edad cuando el delito, cedulado bajo el número 1852466 de El Espino, hijo natural de Aristides Albarracín y Amalia Albarracín Mojica, vecino de El Espino, soltero y agricultor, es responsable del delito de homicidio perpetrado en la persona de su primo hermano José del Carmen Albarracín Rincón, según hechos que tuvieron ocurrencia a eso de las ocho a. m. del día veinte de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho, en el punto de 'Saco', vereda de Santa Ana, jurisdicción del Municipio de El Espino y mediante el empleo de armas contundente y cortopunzante, con las cuales se ocasionaron los estragos de que dá cuenta la diligencia de autopsia?"

"¿El acusado Jesús Albarracín, de diez y ocho años cuando el delito, hijo de Aristides Albarracín y Amalia Albarracín Mojica, natural y vecino de El Espino, soltero y agricultor, es responsable del delito de homicidio cometido en la persona de su primo hermano José del Carmen Albarracín Rincón, según hechos que tuvieron ocurrencia a eso de las ocho a. m. del día veinte de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho, en el punto de 'Saco', vereda de Santa Ana, jurisdicción del municipio de El Espino, mediante el empleo de armas contundente y cortopunzante, con las cuales se ocasionaron los estragos orgánicos de que dá cuenta la diligencia de autopsia?"

3º Las respuestas, en su orden fueron, a la primera:

"Sí, sin intención de matar, con ira grave e injusta provocada".

A la segunda:

"No";

4º Como consecuencia de esa determinación del Juri, se dictó en primera instancia el fallo que correspondía, el cual fue revocado por el Superior, quien por haber considerado que el veredicto era contrario a la evidencia de los hechos, ordenó convocar nuevo Jurado;

5º Reunido éste —ya con tres miembros, en atención a lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 0242 de 1951— el 10 de marzo de 1953, y en presencia de las mismas preguntas, en lo substancial, contestó así a la primera:

"No por haber obrado en legítima defensa propia y de su padre".

A la segunda:

"No".

6º A este nuevo veredicto siguieron las sentencias de que se habló al principio, habiendo sido impugnada la de segunda instancia por el señor Fiscal del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo.

La demanda

Sostiene el recurrente que la senetncia acusada viola la Ley Procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad, e invoca la causal 4ª del artículo 567 del C. de P. P., la que desarrolla en dos capítulos, como a continuación se verá.

En el primero expresa que al no haberse incluído en las respectivas preguntas el propósito de matar de los homicidas (artículo 28, Ley 4ª de 1943) se omitió una formalidad propia del juzgamiento, contrariando así el artículo 26 de la Constitución Nacional, según el cual nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. Y anota el recurrente que debió reconocerse esa nulidad, de acuerdo con los arts. 200 y 457 del C. de P. P., pues de ella tuvo oportuno conocimiento el Tribunal, quien para no aceptar la tesis propuesta dio como razón la de que esa clase de informalidades no producen invalidez sino cuando "el veredicto y por consiguiente la sentencia son condenatorios". A lo que observa el demandante que la palabra juzgar empleada por la ley fundamental en la disposición antes citada, se refiere tanto al acto de condenar como al de absolver, puesto que la operación mental versa en el juicio sobre esos dos elementos. Y en seguida apoya sus afirmaciones en la jurisprudencia constante, conforme a la cual cuando el cuestionario queda afectado de errores esenciales que dificultad el pronunciamiento del Jurado o que dan lugar a que su determinación no sea precisa o inequívoca, se incurre en nulidad que debe declararse aún de oficio por el juzgador.

En el capítulo segundo desarrolla con más amplitud el mismo tema y afirma que de prosperar la tendencia del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo se desquiciaría la organización legal que preside los juicios por jurado, cuyo veredicto "sería válido si es absolutorio y nulo si es condenatorio", lo que equivale a impedirle a los jueces de conciencia administrar justicia en los

casos especiales determinados por la Ley (artículo 32 C. de P. P). Raciocinio que lo lleva a sostener en el caso concreto a que alude el motivo de nulidad del numeral 1º del artículo 198 del C. de P. P., es decir la incompetencia de jurisdicción.

El Decreto 1154 de 1954

A partir del 9 de abril de 1954, la intervención de la Procuraduría en los asuntos del conocimiento de la Sala Penal de la Corte cuando el recurso extraordinario de que ahora se trata ha sido interpuesto por los Fiscales de los Tribunales, ha quedado limitada a ampliar **ad libitum** la demanda del recurrente, si para ello encuentra mérito suficiente.

Esta facultad, bien entendida, implica no sólo la de ofrecer más argumentos de los expuestos en el escrito respectivo o la de presentar otros motivos de casación dentro de la causal invocada —lo que equivaldría apenas a reforzarla— sino la de acudir a otras causales distintas de aquellas de que se valió el Fiscal. Y en el presente caso, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal ha hecho lo primero, es decir, ha vigorizado la tesis del Ministerio Público en la segunda instancia. En efecto, cita él varias sentencias de la Sala Penal de la Corte, según las cuales cada vez que el cuestionario se aparte de las reglas que sobre el particular contiene el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, habrá lugar a invalidar el procedimiento, previa la casación del fallo objeto del recurso, lo que en esta ocasión solicita en el párrafo final de su escrito, que dice así:

"Ejerciendo el derecho que el artículo tercero del Decreto Legislativo número 1154 de 1954 concede a la Procuraduría para ampliar la demanda que en casos como el presente formulare el señor Fiscal del Tribunal, este Despacho, que la encuentra acertada, solicita muy atentamente de la H. Corte que, dando aceptación a la causal cuarta de casación (nulidad del juicio) invocada por el señor Fiscal del H. Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, **case** la sentencia materia del recurso por haber sido pronunciada en un juicio viciado de nulidad sustancial; porque aunque absolvió a los procesados, tomó como base un veredicto obediente a un cuestionario que no contiene los elementos esenciales y sustanciales que prescribe la ley, violando con ello, directamente, los artículos 26 de la Constitución Nacional y 28 de la Ley 4ª de 1943, e indirectamente los artículos 200 y 457 del Código de Procedimiento Penal, ya que no se decretó la nulidad aludida a pesar de haberlo así solicitado el señor Fiscal referido".

Y advierte:

"Esta nulidad, como lo dice el mismo señor Fiscal debe decretarse "a partir de la audiencia llevada a cabo el veintinueve de mayo de mil novecientos cincuenta y uno, en adelante", disponiéndose la devolución del proceso a quien corresponda para que se reponga el procedimiento respectivo, todo por conducto del H. Tribunal de origen (ordinal b), artículo 570 del C. de P. P.).

El mismo Procurador Delegado se anticipa a rebatir el argumento que podría hacerse, pues los casos que él cita se refieren a procesos en los cuales hubo sentencia condenatoria. En otros términos, podría argüirse que sólo cuando el veredicto afirmativo de los Jueces de Conciencia se pronuncia sobre un cuestionario carente de los requisitos legales, resulta inaceptable, por prestarse a una interpretación dudosa o ambigua. A lo que él opone estas juiciosas consideraciones:

"Las garantías constitucionales son generales para todos y no admiten excepción ni discriminación; más aún: ellas van en primer término a proteger los derechos de la sociedad, pues protegidos y garantizados éstos se protegen y garantizan los de los individuos o asociados.

"Claro que, como dice el H. Tribunal, con la omisión en el presente caso no se violaron los derechos de los procesados puesto que ella los favorecía no poniendo de presente a los miembros del Jurado la circunstancia del 'propósito de matar' la que, quizás, si hubiese sido contemplada por el Juri hubiese podido modificar o cambiar su criterio o convicción de conciencia.

"No se violaron los derechos de los asociados (en este caso los sindicados) **pero sí lo fueron** los de la sociedad, en su función represiva ejercida por medio de los poderes del Estado.

"No solamente el sujeto pasivo de la acción penal es el favorecido con lo establecido en el artículo 26 de la Carta, sino también quien ejerza la acción penal, es decir la sociedad y los perjudicados por el ilícito si ejercitaren la acción civil dentro del proceso penal.

"La omisión de una formalidad sustancial o esencial en el proceso, que viniere a favorecer al sujeto pasivo violaría los derechos de los sujetos activos de la acción penal que lo son, para la pública, la sociedad representada por el Estado; y para la tendiente a la reparación del

daño privado o civil, la persona de derecho civil damnificada por la infracción, bien por sí misma o representada por el Ministerio Público si no se hiciere presente en el proceso penal".

El artículo 28 de la Ley 4ª de 1943

Este artículo vino a substituir el sistema que sobre la manera de redactar los cuestionarios establecía el artículo 498 del C. de P. P., diferenciándose los dos, el derogado y el vigente, no sólo en cuanto a su forma y contenido sino también en el número de cuestiones, cada una de las cuales permitía contestar con un "sí" o con un "no", simplemente.

Hoy, en presencia del nuevo precepto, en una sola cuestión debe estar comprendido el hecho materia de la causa conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyen, pero sin darle denominación jurídica. Esto, porque los jueces de conciencia afirman o niegan la responsabilidad no sobre un delito, cuya definición corresponde al Juez ante quien se adelanta el proceso, sino sobre el aspecto material del acto que se juzga y acerca de las modalidades de realización que lo configuran.

El Jurado, a su turno, no está constreñido —en su respuesta— a una afirmación o negación, sino que puede añadir todo aquello que conforme a su criterio considere encaminado a expresar concretamente su voluntad.

Así, pues, no es permitido interrogar sobre el delito mismo, porque entonces se desnaturalizaría la función del tribunal del pueblo. Y esto fue lo que no atendió el Juez en las preguntas que le propuso sobre la responsabilidad de Carlos Julio y Jesús Albarracín. No se dice en ellas si estos procesados son responsables de haberle dado muerte a José del Carmen Albarracín; se les preguntó si eran responsable "del delito de homicidio" cometido en la persona del mencionado José del Carmen. Luego se apartó el funcionario de la regla del artículo 28 de la Ley 4ª citada, lo cual quiere decir que el juicio no se ventiló con sus formalidades propias y características y debe, por lo tanto, subsanarse el defecto anotado.

En reciente oportunidad (sentencia de 11 de junio del año en curso) la Sala declaró inválido en lo pertinente un proceso por parecidos motivos. Se trataba entonces de un delito de robo y al Jurado se le interrogó no sobre los hechos constitutivos de la infracción sino sobre el delito contra la propiedad (robo).

Mas este motivo no fue alegado en el presente caso por el Fiscal recurrente ni advertido por el Procurador. Ellos se fundan tan sólo en haberse omitido el propósito de matar, que es elemento constitutivo del homicidio sobre el cual se interrogó al Juri en la audiencia pública del 10 de marzo de 1953. Problema asimismo objeto de las varias sentencias cuyos apartes reproduce el escrito del señor Procurador, y resuelto con precisión en la que se acaba de citar (la de 11 de junio de 1955). Se dijo allí:

"El cuestionario que se somete al Jurado es un acto sustancial del juzgamiento. Mediante él se enuncian, en síntesis completa, los hechos y circunstancias que son materia del debate para que el Juri pueda calificarlos y dar un veredicto justiciero y acorde con la verdad, veredicto que es la base primordial de la sentencia. Pero si el interrogatorio se formula dejando por fuéra los elementos constitutivos del delito, o los de la responsabilidad, o los concernientes a las modalidades específicas de la infracción objeto del proceso, entonces la respuesta de los jueces populares queda trunca, se ignora su verdadero pensamiento y se recortan, además, los derechos de las partes, quienes, por esa grave deficiencia, están cohibidos para llenar cumplidamente su labor, en orden a sostener la culpabilidad o la inocencia del incriminado, si se trata del Ministerio Público; o de abogar por la absolución o por determinadas atenuantes, si es el defensor. Y una falla de tal naturaleza, que desquicia el correcto y ordenado funcionamiento de la potestad represiva, crea una nulidad de las llamadas constitucionales, por violación del artículo 26 de la Carta".

En este punto conviene aclarar que si es verdad que en todos aquellos casos a que dio lugar la precedente doctrina el veredicto había sido afirmativo, esto no quiere decir que ella —la invocada doctrina— se predique únicamente respecto de sentencias condenatorias, como parece haberlo entendido el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo.

No deja de reconocerse que cuando se afirma la responsabilidad del procesado sobre una pregunta deficientemente formulada, la dificultad de interpretar la respuesta es más ostensible. Pero un veredicto resulta contrario a los ordenamientos del juicio penal no sólo en cuanto afirma sino en cuanto niega, si tanto en el primero como en el segundo supuesto la respuesta se produce sobre una cuestión incompleta; porque si no se debe ignorar por qué se declara responsable, también

hay que saber por qué se absuelve o no se admite la responsabilidad.

El juzgamiento es de orden público, de interés social, y en materia de nulidades no puede haber discriminaciones. De modo que la omisión substancial que se advierte en un determinado juicio es necesario corregirla sin atender a otro género de consideraciones, pues un proceso es nulo no porque el resultado final sea favorable o adverso a la persona que se juzga, sino porque se adelantó con prescindencia de las formalidades o trámites establecidos por la Ley; y porque las nulidades no se han enumerado en el Código en forma condicionada o como medio de defensa personal, sino como una garantía de la justicia, que tanto se cumple al condenar como al absolver.

De lo dicho se deduce que como en el cuestionario que se le sometió al Jurado acerca de la responsabilidad de Carlos Julio y Jesús Albarracín se omitió un elemento integrante del delito por el cual se les llamó a responder en juicio (propósito de matar), fuéra de que el interrogatorio no versó sobre los hechos constitutivos de la infracción sino sobre el delito mismo, es preciso reconocer que el recurso está fundado y debe, en consecuencia, declararse la nulidad solicitada.

Cuando la causal aceptada fuere la cuarta, corresponde reponer el procedimiento, según el artículo 570 —letra b— de la Ley 94 de 1938. Por lo tanto, es necesario indicar qué parte de lo actuado es la que debe reponerse.

El señor Procurador, al reiterar la solicitud que el Fiscal formuló antes de pronunciarse el fallo de segunda instancia, manifiesta que la nulidad debe "decretarse a partir de la audiencia llevada a cabo el veintinueve de mayo de mil novecientos cincuenta y uno, en adelante".

Aunque lo actuado entre esta audiencia y el fallo de primera instancia quedó sin efecto en razón de lo dispuesto por el Tribunal el 29 de febrero de 1952, debe, sin embargo, admitirse lo pedido por el Jefe del Ministrio Público en el ramo Penal, si se atiende a que el vicio anotado se halla en los cuestionarios propuestos. Sólo que es necesario advertir que el personal del nuevo Jurado debe ser en un todo distinto del que concurrió a las audiencias del 29 de mayo de 1951 y del 10 de marzo de 1953 (artículo 493 C. de P. P.). En resumen, para el desarrollo ulterior del proceso deben ser modificadas las preguntas e intervendrán distintos Jueces de conciencia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, en vista de los puntos sostenidos en la demanda acogida por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal,

RESUELVE:

1º Cásase la sentencia de 9 de noviembre de 1954, materia del presente recurso extraordinario;

2º Declárase nulo lo actuado a partir de la audiencia celebrada el 29 de mayo de 1951 en adelante, con las advertencias hechas en el párrafo anterior.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Ricardo Jordán Jiménez — Jesús Estrada Monsalve — Domingo Sarasty Montenegro — Luis Zafra — Julio E. Argüello R., Secretario.



SOLICITUD DE DESEMBARGO DE UNOS BIENES DENTRO DE LA CASACION.— SE ORDENA TRAMITAR COMO UNA ARTICULACION LA SOLICITUD DE DESEMBARGO, HECHA POR QUIEN NO ES RECURRENTE

Se reitera lo dicho en auto de 18 de abril de 1952 en que se admitió el conocimiento en casación del incidente de desembargo de bienes al formularse solicitud semejante a la actual.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal — Bogotá, dos de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

Los doctores Carlos Saúl Goyeneche y Luis Gutiérrez Jiménez, el primero como parte civil constituída en las presentes diligencias y el segundo como apoderado de aquél, solicitan **reposición** del auto de fecha seis de agosto último en que se declaró admisible el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal 4º del Tribunal Superior de Bogotá contra la sentencia de segundo grado dictada en este proceso, en cuanto allí se dijo:

"...Con relación al pedimento de los doctores Luis Gutiérrez Jiménez y Carlos Saúl Goyeneche para que se levante el embargo y secuestro a que ambos hacen referencia, al Sala se abstiene de hacer ningún pronunciamiento por cuanto los memorialistas no son parte recurrente, ni pueden tenerse como parte no recurrente por ser absolutoria la sentencia recurrida, ni están, de consiguiente, facultados para formular solicitudes dentro del trámite del recurso extraordinario en cuya virtud han subido los autos a esta superioridad".

Al sustentar el recurso, los memorialistas no aducen disposición legal alguna ni alegan fundamentos de derecho, propiamente tales, que hagan procedente el levantamiento por la Corte del embargo y secuestro de la tercera parte de la hacienda denominada "Santa Otilia o Insula o Tabacal" que, a solicitud del propio doctor Carlos Saúl Goyeneche, se puso fuéra del comercio —entre otros bienes— como garantía de la indemnización de perjuicios derivada de los hechos que originaron la investigación en que se pronunció el fallo absolutorio recurrido en casación por el mencionado Agente del Ministerio Público.

Ocurre, sin embargo, que por auto de 18 de **abril de 1952 se admitió el conocimiento en casación del incidente de desembargo de bienes, al formularse solicitud semejante por el apoderado** del doctor Julio Ortiz Márquez en las diligencias que por entonces cursaban en la Corte, por impugnación del fallo condenatorio proferido contra el doctor Alvaro García Herrera y otros por el Comando de las Fuerzas Militares. En esa ocasión se dijo:

"La Sala —en atención al artículo 130 del Código de Procedimiento Penal, que prescribe el sistema de la articulación en materia civil en los casos de reducción de embargo en los procesos penales— decidió someter la solicitud de desembargo a dicha norma, y —en su cumplimiento— se dio traslado al señor Procurador Delegado, funcionario que, con base en los artículos 130 y 703 del Código citado, en armonía con el artículo 283 del de Procedimiento Civil, emitió concepto favorable tanto a la competencia de la Corte para decidir la solicitud **sub judice** como el (sic) **fundamento jurídico** de la misma".

Verdad es que el pedimento de que se hace mérito no se ha interpuesto por exceso en el secuestro, sino por tratarse de un inmueble que, después de haber sido embargado y secuestrado como de propiedad del doctor Ciro Enrique Goyeneche —uno de los sindicados— volvió al patrimonio del denunciante, doctor Carlos Saúl Goyeneche, como se halla demostrado en los autos; pero esta misma razón encarece aún más la necesidad de resolver en el fondo sobre la petición reiterada de los recurrentes.

Conviene insistir en que los memorialistas no son parte recurrente, ni pueden tenerse como parte no recurrente por ser absolutoria la sentencia recurrida, ni están, de consiguiente, facultados para formular solicitudes dentro del trámite del recurso extraordinario en cuya virtud

han subido los autos a esta superioridad —como ya se dijo en la providencia cuya reposición se solicita y como lo reconoce expresamente el doctor Gutiérrez Jiménez—. No habría, pues, lugar a la modificación de lo resuelto por el concepto expresado. Pero hacen notar los recurrentes que acerca del desembargo del inmueble en referencia sólo la Corte puede resolver "por haber adquirido completa jurisdicción sobre todo el contenido del negocio, habiéndola perdido los Jueces de instancia"; y ello entraña la consideración de que un derecho exigible por terceros no debe dejar de protegerse por la sola circunstancia de ser extraño, como lo es el reclamado, a la naturaleza misma de la casación.

No es este el momento de decidir lo conducente en el caso concreto materia de estudio; pero, para llegar a la oportunidad de hacerlo, habrá de reponerse la providencia recurrida en orden a la tramitación legal de la solicitud que continúa pendiente. Así lo dispondrá la Sala, con base en la jurisprudencia que se ha recordado y en lo prescrito en el artículo 472 del Código Judicial, que estatuye:

"Los funcionarios del orden judicial, al proferir sus decisiones, deben tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva, y, por consiguiente, con este criterio, han de interpretarse y aplicarse las disposiciones procedimentales y las relativas a las pruebas de los hechos que se aduzcan como fundamento del derecho".

Por las razones expuestas, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE:

I. — REPONESE el auto de fecha 6 de agosto último, en cuanto por él se abstuvo la Sala de pronunciarse sobre la solicitud de desembargo de la tercera parte de la hacienda denominada "Santa Otilia o Insula o Tabacal", ubicada en la fracción de "Santa Rosalina" de la jurisdicción municipal de Enciso en el Departamento de Santander, secuestrada en este proceso;

II. — TRAMITESE como una articulación la referida solicitud, y —en consecuencia— dése traslado a la otra parte por el término de dos días y, por igual tiempo, al señor Procurador Delegado en lo Penal.

Notifíquese y cúmplase.

Ricardo Jordán Jiménez — Jesús Estrada Monsalve — Domingo Sarasty Montenegro — Luis Zafra — Julio E. Argüello, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS — AGENTES DE POLICIA

Para que los miembros de las Fuerzas Armadas de la Policía Nacional puedan gozar del fuero militar a que dan derecho los Decretos mencionados, se requiere que los delitos imputados se hayan realizado dentro de las modalidades en ellos previstas; o sea, que en actos del servicio o fuéra de él, hubiera cometido un hecho de extorsión, saqueo o devastación —Título VII, Libro II del C. P. M.—, o en actos del servicio hubieran cometido un delito común contra la vida y la integridad personal (homicidio, lesiones personales, y los demás delitos de que trata el Título XV, Libro II del C. P.) al tenor de lo dispuesto por el artículo 3º del Decreto número 1534 de 1950, o que durante la vigencia del mismo y en el curso de la investigación se hubiera convocado consejo de guerra verbal (artícuo 11, Decreto 1231 de 1950), o bien, que bajo el imperio del artículo 140 del Decreto 2900 de 1953, el sindicado tuviere fuero militar, prerrogativa que no se deduce de la simple incorporación de las Fuerzas Armadas de Policía al Comando General de las Fuerzas Armadas, sino de la jurisdicción y competencia que se dio a la Justicia Penal Militar —Decreto número 1426 de 1954— para conocer de todos los delitos que cometan los miembros de las Fuerzas Armadas de Policía en servicio activo.

"Lo cual quiere decir —ha dicho la Corte— que en presencia del artículo 12 del Decreto número 1426 de 1954, que es el último que se ha expedido sobre la materia, que los efectos de dicho artículo sólo comprende aquellos casos sucedidos con posterioridad a la vigencia de los Decretos que se citaron antes, es decir, cuando ya los miembros de la Policía hagan parte de las Fuerzas Armadas. Y, por lo mismo, los delitos por ellos realizados, sin distinción alguna, corresponden al conocimiento de la Justicia Penal Militar".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, septiembre siete de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

Procede la Corte a resolver el incidente de Colisión de Competencias negativa, provocada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartago, al Comando de la Tercera Brigada de la ciudad de Cali en el proceso adelantado contra **Santiago García Arboleda** por un delito de "la fuga de presos".

Hechos

Bernardo Sánchez Delgado estaba legalmente detenido en la Cárcel del Circuito de Cartago, por haber sido condenado a la pena de diez meses de prisión por sentencia de veintisiete de febrero de mil novecientos cincuenta.

El dos de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno, Bernardo Sánchez fue confiado al Agente de la Policía Nacional, Santiago García Arboleda, con el objeto de que lo condujera al Comando de dicha Entidad, para realizar unos trabajos de pintura. Sánchez Delgado aprovechando esta oportunidad se fugó "bajo la mirada complaciente del Policía" como lo expresó el Tribunal.

El proceso finalizó con sentencia de dos de noviembre de mil novecientos cincuenta y tres, que condenó a García Arboleda a la pena de seis meses de prisión como responsable de un delito de "la fuga de presos". Pero el Tribunal al revisar la sentencia llegó a la conclusión de que el Juez no tenía jurisdicción y competencia para conocer del negocio. Declaró nulo lo actuado y ordenó remitir el proceso a la Justicia Penal Militar, por ser de su competencia.

Los motivos son los siguientes:

"Cuando García Arboleda se constituyó con su modo de proceder en partícipe de la responsabilidad penal en la fuga de Sánchez Delgado, se encontraba en ejercicio del cargo de Agente de

Policía Nacional, lo que quiere decir, tocaba conocer de su cargo a la justicia penal militar (Decretos números 1125 de 1950 y 1814 y 2900 de 1953).

"De acuerdo con el artículo 140 del citado Decreto número 2900, que entró a regir desde el 14 de noviembre de 1953, de los procesos **en curso,** seguidos contra los Agentes de la Policía conoce la justicia castrense. Para ese efecto, el artículo 141 ibidem, asimiló a soldados a los Agentes de Policía".

Auto del Juzgado

En providencia de veintiocho de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartago, acatando las razones expuestas por el Tribunal, expresó lo siguiente:

"Como el sindicado Santiago García Arboleda ha sido favorecido con la declaratoria de una nulidad por estar bajo la jurisdicción militar, ya que cuando ocurrió el delito (fuga de presos) éste ejercía las funciones de Agente de Policía, quedaron sin valor jurídico el auto que ordenó su detención, la vocación a juicio que le hizo el Juzgado y la condena con que se puso fin a la actuación de primera instancia".

Como consecuencia, ordenó remitir el negocio a la Justicia Penal Militar para su conocimiento.

Comando de la Brigada

En providencia de cinco de julio del presente año, el Comando de la Tercera Brigada expuso:

"Devuélvase este expediente al señor **Juez Segundo Penal del Circuito de Cartago** (Valle) a quien corresponde su conocimiento, porque aun cuando es verdad el Cuerpo de Policía Nacional fue incorporado a las Fuerzas Armadas esto ocurrió el 10 de julio de 1953 en que fue expedido al respecto el Decreto 1814; de suerte que cuando se cumplieron los hechos de que se sindica al Distinguido de la Policía Nacional Santiago García y que fue el 2 de septiembre de 1951, este empleado aún no tenía fuero Castrense y por consiguiente no lo cobijaba la Justicia Penal Militar. Sobre este particular, el H. Tribunal Superior Militar sentó ya doctrina en los siguientes términos: 'Se llegó a la conclusión muy nítida de que todos los miembros de la Policía están bajo el fuero castrense a partir del 10 de julio de 1953, cuando esta organización entró a ser el cuarto componente de las Fuerzas Armadas' ".

El Juzgado Segundo Penal del Circuito no aceptó las razones expuestas por el Comando de la Brigada, aduciendo en pro de su determinación lo que en seguida se transcribe:

"Sucede que el H. Tribunal Superior de este Distrito Judicial, en fallo que con anterioridad profiriera en este mismo asunto, dispuso que no era la justicia ordinaria sino la castrense la competente para conocer de él. Tal resolución no ha sido modificada ni por la misma H. Entidad ni por ninguna otra de superior categoría y de ahí que entre tanto esta situación subsista, este Juzgado —a quien por reparto correspondió el conocimiento del negocio—, está inhibido —por carencia de jurisdicción que ya le quitó su superior— para avocar su conocimiento y por tanto, dispone que sea mandado al Comando de su procedencia para que allá, o se continúe su tramitación, o se solicite sea dirimida por entidad superior (la H. Corte) la colisión negativa de competencia que desde ahora y en forma respetuosa propone el suscrito Juez".

A su vez el Comando de la Brigada sostuvo sus puntos de vista cuando dice:

"Hay necesidad de sostener que el conocimiento de este negocio compete a la Justicia ordinaria, porque, como ya se había dicho, que aun cuando ciertamente el Cuerpo de Policía Nacional quedó incorporado a las Fuerzas Armadas, esto ocurrió el 10 de julio de 1953, fecha en que fue expedido el Decreto 1814; de suerte que cuando se cumplieron los hechos de que aquí se sindica al Distinguido de la Policía Nacional señor Santiago García y que fue el 3 de septiembre de 1951, este empleado no tenía fuero castrense y por lo mismo no lo cobija la Justicia Penal Militar.

"De suerte que como el Comando de la Tercera Brigada considera que no son de recibo los motivos expuestos por el señor Juez Segundo Penal del Circuito de Cartago para no conocer de este negocio, se dispone remitirlo, de acuerdo con el inciso único del artículo 18 del Código de Justicia Penal Militar, a la H. Corte Suprema de Justicia para el efecto de que sea dirimida esta colisión de competencias".

Se considera:

De conformidad con el artículo 3º del Decreto número 1534 de 1950, los miembros de los Cuerpos Armados de la Policía Nacional estaban so-

metidos para su juzgamiento a la Justicia Penal Militar, cuando en actos de servicio o fuéra de ellos cometían cualquier delito de los contemplados en el Título VII, Libro II del Código Penal Militar (devastación, saqueo, extorsión), o cuando en actos del servicio cometían delitos contra la vida y la integridad personal de que trata el Título XV, Libro II del C. P. (homicidio, lesiones personales, aborto, duelo, abandono y exposición de niños).

Por Decreto número 1231 de 1951, artículo 11, se dispuso que a partir del 15 de junio del mismo año la Justicia Penal Militar sólo tendría jurisdicción y competencia para conocer de los delitos que le están atribuídos por el Código de la materia, o sea, de las infracciones previstas en el Decreto 1125 de 1950. Sin embargo, en el parágrafo del mencionado artículo, se estableció "que no obstante lo dispuesto en el inciso anterior, la Justicia Penal Militar seguirá conociendo hasta su terminación y por el procedimiento especial vigente, de todos aquellos procesos en que al entrar a regir esta disposición se haya convocado consejo de guerra verbal".

Por decreto número 1814 de 10 de julio de 1953, se dispuso incorporar la Policía Nacional al Ministerio de Guerra como el cuarto componente del Comando General de las Fuerzas Armadas, y por Decreto número 2900 del mismo año —artículo 140— se ordenó que los procesos penales en curso contra miembros de la Policía que tengan fuero militar en virtud de la incorporación de esta Fuerza a las Fuerzas Armadas, se tramitarán con arreglo a las disposiciones del mismo. Vino luégo el Decreto número 1426 de 4 de mayo de 1954, por el cual se dispone que de todos los delitos que cometan los miembros de las Fuerzas de Policía en servicio activo, conocerá la Justicia Penal Militar, y que los negocios penales en curso contra los miembros de las Fuerzas de Policía pasarán a los funcionarios a quienes les corresponda dentro de la organización de la Justicia Penal Militar, cualquiera que sea el estado en que se encuentren.

Para que los miembros de las Fuerzas Armadas de la Policía Nacional puedan gozar del fuero militar a que dan derecho los Decretos mencionados, se requiere que los delitos imputados se hayan realizado dentro de las modalidades en ellos previstas; o sea, que en actos del servicio o fuéra de él, hubieran cometido un hecho de extorsión, saqueo o devastación —Título VII, Libro II del C. P. M.—, o en actos del servicio hubieran cometido un delito común contra la vida y la integridad personal (homicidio, lesiones personales, y los demás delitos de que trata el Título XV, Libro II del C. P.) al tenor de lo dispuesto por el artículo 3º del Decreto número 1534 de 1950, o que durante la vigencia del mismo y en el curso de la investigación, se hubiera convocado consejo de guerra verbal (artículo 11, Decreto 1231 de 1950), o bien, que bajo el imperio del artículo 140 del Decreto 2900 de 1953, el sindicado tuviera fuero militar, prerrogativa que no se deduce de la simple incorporación de las Fuerzas Armadas de Policía al Comando General de las Fuerzas Armadas, sino de la jurisdicción y competencia que se dio a la Justicia Penal Militar —Decreto número 1426 de 1954— para conocer de todos los delitos que cometan los miembros de las Fuerzas Armadas de Policía en servicio activo.

"Lo cual quiere decir —ha dicho la Corte— que en presencia del artículo 12 del Decreto número 1426 de 1954, que es el último que se ha expedido sobre la materia, que los efectos de dicho artículo sólo comprende aquellos casos sucedidos con posterioridad a la vigencia de los Decretos que se citaron antes, es decir, cuando ya los miembros de la Policía hagan parte de las Fuerzas Armadas. Y, por lo mismo, los delitos por ellos realizados, sin distinción alguna, corresponden al conocimiento de la Justicia Penal Militar".

Como el hecho imputado a Santiago García no está comprendido en ninguno de los Decretos que se dejan analizados, ni las Fuerzas Armadas de Policía, en la fecha en que se realizó el delito, estaban incorporadas al Comando de las Fuerzas Militares, ni el sindicado gozaba de fuero militar, y, como, por otra parte, el delito se cometió en el año de 1951, es natural que no se halla amparado por el fuero castrense que se hizo extensivo a los miembros de la Policía Nacional en virtud del Decreto 1426 de 1954.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DIRIME la colisión de competencias en el sentido de que es al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartago y no al Comando de la Brigada de Cali, a quien corresponde el conocimiento del presente negocio.

Dése cuenta de lo aquí resuelto, al Comando de la Tercera Brigada y remítase el proceso al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartago.

Cópiese y cúmplase.

Ricardo Jordán Jiménez — Jesús Estrada Monsalve — Domingo Sarasty Montenegro — Luis Zafra—Julio E. Argüello, Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD. — INTERVENCION POLITICA. — ABANDONO DEL CARGO

1.—Nada más perjudicial para la administración de justicia que la intervención de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional en debates de carácter político. La independencia, imparcialidad, honestidad y buen nombre de las personas que se hallan revestidas de autoridad para conocer y juzgar la conducta de los asociados, pugna con esta clase de controversias e intervenciones. La influencia política es factor que en la mayoría de los casos puede inclinar la justicia por caminos que no sean la expresión auténtica de la verdad. Para garantizar los derechos de los asociados y los de la justicia, la ley ha erigido en delito el hecho de que los funcionarios o empleados públicos formen parte de directorios políticos o intervengan en debates de esta naturaleza.

La intervención en debates de carácter político presupone una controversia, una discusión, un examen o propaganda —pública o privada— de ideas encaminadas a un fin, que bien puede ser la preeminencia o predominio de unas ideas políticas sobre otras, o la imposición de candidatos que aspiran a llevar la representación política de un partido en los cuerpos colegiados. Pero la simple reunión sin acuerdo previo, causal o coincidencial del empleado o funcionario público con personas que hacen correrías políticas y aún el mismo viaje en compañía de ellos, no es hecho que se halle reprimido por la ley como delito, por no ser el acto constitutivo de intervención política.

2.—El delito de abandono del cargo previsto por el artículo 178 del Código Penal puede ocurrir, ora porque el funcionario abandone el puesto antes de que se posesione el individuo que debe reemplazarlo, bien, porque sin licencia, renuncia, permiso o causa justificativa, deje de concurrir a su oficina con perjuicio de los intereses sociales.

La determinación del dolo o intención manifiesta de violar la ley y el perjuicio causado a las partes en los negocios que cursan en su despacho, son —en este caso— elementos determinantes de la responsabilidad. La omisión o falta de asistencia del Juez o funcionario a sus oficinas en horas precisas y determinadas, no es constitutiva de delito, si, por otra parte, el funcionario cumple con sus deberes y los negocios no acusan ningún retardo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, septiembre nueve de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, consulta la providencia de veinticinco de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro, por la cual se declara prescrita la acción penal y se ordena cesar todo procedimiento contra el doctor **Manuel Villa Mendoza.**

Antecedentes

El veintitrés de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve, Cristóbal Escandón R. en calidad de Personero Municipal de la ciudad de El Banco, informó al Presidente del Tribunal que "desde el sábado 21 de los corrientes Juez Circuito doctor Manuel Villa Mendoza ausentóse esta ciudad dejando cargo abandonado. Estas ausencias viene haciéndolas periódicamente y sólo regresa lunes por las noches. Como trátase irregularidad sanciona artículo 178 del Código Penal, estoy remitiendo certificado expedido Alcalde ésta, así como copia visita no pudo terminarse hoy, horas hábiles oficina, por ausencia absoluta Juez". En la misma comunicación se acusa al ex-Juez Villa Mendoza por actos de intervención en política, hecho que se pretendió acreditar mediante prueba testimonial.

Posteriormente acompañó estos documentos:

Certificado del Alcalde Municipal y del Secre-

tario del Juzgado Promiscuo del Circuito de El Banco, en los cuales consta que el día veintiuno de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho, no se pudo practicar una visita en el Juzgado porque el doctor Villa Mendoza, titular de dicho Juzgado se encontraba ausente de la ciudad.

Declaración de Anselmo Pisciotti Galeano, Juan Zapata Coronado, Críspulo Vanegas Cantillo, Víctor Pisciotti Vides, José Antonio Cianci, Virgilio Posada Varela, Leopoldo Posada, tendientes a demostrar los actos de intervención en política del Juez acusado.

El Tribunal, en auto de nueve de febrero de mil novecientos cincuenta, declaró abierta la investigación, dispuso allegar a las diligencias el Decreto de nombramiento y la correspondiente acta de posesión y comisionó al Alcalde Municipal de El Banco para recibir indagatoria al Juez acusado y practicar las pruebas que fueren necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados.

De esta fecha —9 de febrero de 1950— hasta el 11 de febrero de 1954, en que fue remitido el negocio al Tribunal, no se practicó prueba alguna. Allegados el Acuerdo de nombramiento y acta de posesión, el Tribunal en auto de 28 de junio de 1954, ordenó pasar esas diligencias al Fiscal del Tribunal para que "emita concepto acerca de la prescripción de la acción penal", quien pide se declare prescrita y se ordene cesar el procedimiento contra el doctor Villa Mendoza.

Providencia del Tribunal

Con fecha veinticinco de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro, el Tribunal después de analizar los hechos y las pruebas pertinentes, llegó a la conclusión de que la intervención del doctor Villa Mendoza en actos de carácter político no estaba demostrada por "no haber pronunciado discursos políticos o deliberado asuntos de esta naturaleza, o que siquiera hubiera hecho acto de presencia durante la manifestación pública realizada en el Municipio de El Guamal"; y con referencia al cargo, abandono del puesto, expresó: que la no concurrencia al Juzgado en las horas que determina la ley, "no puede estimarse esta irregularidad como delictuosa" pues el hecho no constituye delito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Penal.

Estas apreciaciones, por una parte, y el transcurso del tiempo transcurrido desde la fecha en que se realizaron los hechos, por otra parte, llevaron a la conclusión de que las acciones se hallaban prescritas, y así lo dispuso en las providencias materia de la consulta.

Concepto del Procurador

El Agente del Ministerio Público, en su Vista Fiscal, comparte las apreciaciones del Tribunal en cuanto a los actos del Juez sobre intervención en debates de carácter político, sin dejar por esto de censurar la conducta del funcionario que la califica de imprudente. Por lo que hace al segundo de los cargos, abandono de funciones, transcribe dos sentencias de la Corte: en la primera, se afirma la responsabilidad "para el Juez que sin licencia se ausenta por repetidas veces del lugar en donde ejerce sus funciones aunque sean por períodos cortos", y, en la segunda, se sostiene que la ley "sólo exige a los funcionarios de la Rama Jurisdiccional la asistencia a sus oficinas por un número determinado de horas (artículo 180 del C. J.), tiempo necesario para que los negocios no causen retardo y para que las providencias que ellos requieren, en orden a su normal tramitación, se dicten dentro de los términos legales para que se tenga por cumplida su misión y se descarte el posible delito de "abuso de autoridad".

Finalmente, al referirse al caso concreto, expone:

"a) En el caso de que en realidad se hubieren cometido los ilícitos atrás enumerados, su sanción máxima habría sido, respectivamente, un arresto de dos (2) años y la interdicción de funciones públicas por el mismo lapso; y una multa hasta de trescientos pesos ($ 300.00) aumentada proporcionalmente por tratarse de un delito continuado (artículos 180 y 178 del Código Penal).

"b) Ambas sanciones están comprendidas dentro de lo que establece el inciso 3º del artículo 105 del mismo Código.

"c) Siendo esto así, es indudable que la acción penal se halla prescrita para ambos casos, puesto que han transcurrido más de cinco años desde el día en que viajó el doctor Villa Mendoza con los políticos en jira y desde el último acto que se le señala de permanecer ausente o de no asistir a su Juzgado sin causa justificativa aparente.

"d) Es, pues, el caso de dar aplicación a lo establecido por el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, ya que aparece plenamente comprobado que la acción penal no puede pro-

seguirse por hallarse prescrita, conforme a reiterada doctrina de la H. Corte".

Se considera:

Nada más perjudicial para la administración de justicia que la intervención de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional en debates de carácter político. La independencia, imparcialidad, honestidad y buen nombre de las personas que se hallan revestidas de autoridad para conocer y juzgar la conducta de los asociados, pugna con esta clase de controversias e intervenciones. La influencia política es factor que en la mayoría de los casos puede inclinar la justicia por caminos que no sean la expresión auténtica de la verdad. Para garantizar los derechos de los asociados y los de la justicia, la ley ha erigido en delito el hecho de que los funcionarios o empleados públicos formen parte de directorios políticos o intervengan en debates de esta naturaleza.

La intervención en debates de carácter político presupone una controversia, una discusión, un examen o propaganda —pública o privada— de ideas encaminadas a un fin, que bien puede ser la preeminencia o predominio de unas ideas políticas sobre otras, o la imposición de candidatos que aspiran a llevar la representación política de un partido en los cuerpos colegiados. Pero la simple reunión sin acuerdo previo, causal o coincidencial del empleado o funcionario público con personas que hacen correrías políticas y aún el mismo viaje en compañía de ellos, no es hecho que se halle reprimido por la ley como delito, por no ser el acto constitutivo de intervención política.

El delito de abandono del cargo previsto por el artículo 178 del Código Penal puede ocurrir, ora porque el funcionario abandone el puesto antes de que se posesione el individuo que debe reemplazarlo, bien, porque sin licencia, renuncia, permiso o causa justificativa, deje de concurrir a su oficina con perjuicio de los intereses sociales.

La determinación del dolo o intención manifiesta de violar la ley y el perjuicio causado a las partes en los negocios que cursan en su despacho, son —en este caso— elementos determinantes de la responsabilidad. La omisión o falta de asistencia del Juez o funcionario a sus oficinas en horas precisas y determinadas, no es constitutiva de delito, si, por otra parte, el funcionario cumple con sus deberes y los negocios no acusan ningún retardo.

Los delitos —caso de existir— serían los determinados en los artículos 180 y 178 del Código Penal, sancionado el primero con pena de un mes a dos años de arresto, con el correspondiente aumento de la misma por tratarse de un delito continuado, y el segundo, reprimido con multa de cinco a trescientos pesos.

El fenómeno de la prescripción de la acción penal se cumple —en estos casos— bajo el imperio del artículo 105 del Código Penal, inciso final, y como, desde la fecha en que se dice fueron cometidos los delitos ha transcurrido un tiempo superior al de cinco años, la acción penal se halla prescrita.

Las demoras en este negocio no tienen justificación y —la Corte— de acuerdo con la petición del Procurador, ordenará sean investigadas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, CONFIRMA la providencia objeto de la consulta, con la advertencia de que la acción penal no puede proseguirse por hallarse prescrita, y de allí que se ordene la cesación del procedimiento.

Por el Tribunal se tomarán las copias pertinentes para averiguar la responsabilidad en que hubiere incurrido el Secretario de la Sala Penal de dicha Entidad, tal como lo pide el Procurador.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez — Jesús Estrada Monsalve — Domingo Sarasty Montenegro — Luis Zafra — Julio E. Argüello, Secretario.

CAUSALES TERCERA, CUARTA Y SEPTIMA DE CASACION

1—No se expresa en la demanda que para sustentar el recurso se ha presentado, qué causales son las que se invocan. Sin embargo, esta deficiencia, que es apenas formal, no constituye razón suficiente para que la Sala prescinda de hacer el estudio de las impugnaciones que contiene el escrito, por cuanto que en él, a pesar de no estar indicadas enumerativamente, sí se han determinado los textos de las causales que plantean la inconformidad del recurrente con la decisión judicial que él acusa.

2.—En los juicios en que interviene el Jurado no es procedente alegar como causal de casación, la de no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, porque en estos procesos el Juez de derecho no califica la responsabilidad; y si se invalidara el fallo por esa razón se prescindiría del veredicto, base inmodificable de la sentencia, si fue admitido, y, por otra parte, el juzgador se abrogaría una atribución que la ley no le ha conferido, convirtiéndose así en Juez de hecho y de derecho.

3.—Para que prospere la causal séptima de casación el veredicto tiene que ser no sólo contradictorio sino evidentemente contradictorio, es decir, que pugne con la razón, que no se pueda descifrar en ningún sentido por contener dos extremos opuestos entre sí, como por ejemplo, cuando se afirma que X cometió un determinado hecho y a renglón seguido dice que no lo cometió.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, diez de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

El doctor J. Emilio Duque, constituído —en la última instancia del juicio— en defensor del procesado Gabriel Mejía Sánchez, interpuso recurso de casación contra el fallo del 25 de marzo de 1955, del Tribunal Superior de Medellín, en el cual se confirma el de 29 de octubre de 1954, del Juzgado 2º Superior de ese Distrito Judicial, que condenó al mencionado Mejía por homicidio agravado (asesinato) a la sanción principal de 17 años de presidio, y absolvió a Rafael Muñetón Tabares del mismo delito.

Tales decisiones se pronunciaron en desarrollo del veredicto del Jurado, que afirmó la responsabilidad del uno y negó la del otro, aunque en actos distintos, pues con motivo de haberse declarado contrario a la evidencia de los hechos el emitido con respecto a Muñetón Tabares en las audiencias de los días 26 y 29 de marzo de 1954, hubo —previo aplazamiento de la sentencia con relación a Mejía Sánchez— que convocar a nuevos jueces de hecho, quienes en las sesiones del 14 y del 16 de octubre de ese año (1954) declararon que Muñetón Tabares no era responsable del delito "por haber obrado bajo coacción moral de Gabriel Mejía". Determinación ésta muy semejante a la tomada en la primera oportunidad y la cual, como ya se dijo, fue declarada contraria a la evidencia de los hechos.

La respuesta simplemente afirmativa en cuanto a Mejía Sánchez, se refiere a la siguiente pregunta, redactada en forma igual a la atinente al procesado absuelto:

"¿El acusado Gabriel Mejía Sánchez es responsable de haber herido con proyectiles de arma de fuego (revólver y escopeta), y con propósito de matar, a Bernardo Sánchez, a consecuencia de lo cual falleció éste, instantes después; lo que ejecutó con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos; con insidia; abusando de las condiciones de inferioridad personal del ofendido, y en colaboración o con el concurso de Rafael Angel Muñetón Tabares. Hechos ocurridos en las horas de la noche del 19 de mayo de 1953, en jurisdicción del Corregimiento de Virginias, Municipio de Puerto Berrío?"

Esta pregunta resume los hechos materia de la causa conforme al cargo formulado en el auto de proceder del 18 de enero de 1954, que dijo así: "Por el procedimiento del Jurado, llámase a responder en juicio criminal a Gabriel Mejía, de

la filiación conocida en la parte motiva, por el delito de homicidio en la persona de Bernardo Sánchez, que contempla el Código Penal, Libro II, Título XV, Capítulo I, en armonía con el Libro I, Título I, Capítulo I de la misma obra, consistente el cargo en haber obrado conjuntamente con Rafael Angel Muñetón T., para quitarle la vida al citado Sánchez, lesionándolo con arma de fuego (revólver y escopeta), lo cual ocurrió en el Corregimiento de Virginias, Municipio de Puerto Berrío, el 19 de mayo de 1953, en las horas de la noche, a consecuencia de lo cual murió instantáneamente".

Crítica a la sentencia

No se expresa en la demanda que para sustentar el recurso se ha presentado, qué causales son las que se invocan. Sin embargo, esta deficiencia, que es apenas formal, no constituye razón suficiente para que la Sala prescinda de hacer el estudio de las impugnaciones que contiene el escrito, por cuanto que en él, a pesar de no estar indicadas enumerativamente, sí se han determinado los textos de las causales que plantean la inconformidad del recurrente con la decisión judicial que él acusa.

En efecto, el autor de la demanda hace tres afirmaciones: primera, que el fallo que condenó a su defendido no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder; segunda, que ese fallo se dictó sobre un veredicto contradictorio; y tercera, que el mismo fallo se pronunció en juicio viciado de nulidad, "ya que hubo error en la denominación genérica" (sic) "del cargo de homicidio".

Estos motivos corresponden en su orden a las causales que van a citarse:

El primero, a la 3ª (primer motivo) del artículo 567 del C. de P. P.; el segundo, a la 7ª del mismo artículo, con la omisión del adverbio "evidentemente"; y el tercero, palabra más o palabra menos, a la 4ª de la disposición ya citada.

En el orden en que ellas aparecen ofrece el demandante sus argumentos con el fin de sustentarlas. Y aquí podría anotarse, no ya una informalidad, sino un error de técnica, puesto que ésta, la técnica, aconseja empezar por aquella que en razón de su naturaleza repercuta más ampliamente o comprenda un aspecto más considerable o de mayor alcance o, en otras palabras, que afecte radicalmente el juicio y no sólo el fallo pronunciado. En este caso, la principal sería la cuarta, que, al contrario de lo que la lógica exige, es la que viene colocada en último lugar.

De manera que la Sala para no caer en el mismo defecto que está criticando, se ocupará de preferencia en la cuestión atinente a la nulidad.

Pero antes, siguiendo asimismo el método que debe imperar en estas materias, conviene conocer el concepto del señor Agente del Ministerio Público, representado a la sazón por el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, quien, como corolario de sus razonamientos, solicita "que se declare desierto el recurso ameritado, o que, en subsidio, la Corte no case la sentencia del Tribunal Superior de Medellín".

La petición principal probablemente está determinada por la deficiencia de la demanda que el señor Procurador califica de "breve escrito en el que para nada se refiere a las causales establecidas por el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal". No obstante, lo contesta, y como lo encuentra carente de fundamento, formula la petición subsidiaria.

Causal cuarta

Ya se ha visto cómo presenta el demandante este cargo, pero no sobra repetirlo. Es así: "que hubo error en la denominación genérica del cargo de homicidio".

Ciertamente, y es noción elemental, los delitos tienen género y especie. En uno contra la vida, el género será homicidio, y la especie, el concausal, el preterintencional, etc. De modo que para que pudiera decirse que en el caso que actualmente se estudia hubo error en la denominación genérica del delito, habría que demostrar que a Mejía Sánchez se le atribuyó un delito por otro, y más concretamente, que se le llamó a responder, por ejemplo, por lesiones habiendo sido homicidio el cometido por él. Y, terminantemente, esto no ha ocurrido. En el auto de proceder se mencionó el género del delito (homicidio) y se indicó el Capítulo, Título y Libro en donde ese hecho está comprendido, es decir, se le dio la denominación jurídica correspondiente. No se incurrió, por lo tanto, en el error que apunta el demandante ni en aquel a que se refiere el ordinal 8º del artículo 198 del C. de P. P., o sea, error en la denominación jurídica del delito. Y así, el desarrollo del punto de vista del autor de la demanda sobre el particular es enteramente inadmisible. Porque si el Tribunal popular negó la responsabilidad de Muñetón Tabares por haber sido "coaccionado" por Mejía Sánchez, ésta,

que es una modalidad de la infracción en cuanto a las personas que la realizaron, no incide en la causal que él invoca, no sólo porque es un resultado del juicio con respecto a otro procesado, sino porque la coacción —física o moral— no destruye sino que antes confirma la concurrencia de dos personas en la muerte violenta de la víctima, que fue el cargo formulado en el auto de proceder para ambos procesados; y, en fin, porque si uno de los partícipes es absuelto, apoyándose el Jurado en que había sido obligado a tomar parte en el delito, la situación del codelincuente no se modifica en sentido favorable, puesto que por encima del autor de un delito, bien porque lo ejecute o lo inspire, no existe otra categoría penal. No podía, entonces, aseverarse que lo resuelto en relación a Muñetón Tabares afectó a Mejía Sánchez.

Causal tercera

Esta objeción, la de no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, la rebate el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, transcribiendo la jurisprudencia de la Sala, conforme a la cual en los juicios en que interviene el Jurado no es procedente alegar dicho motivo, porque en estos procesos el Juez de derecho no califica la responsabilidad; y si se invalidara el fallo por esa razón se prescindiría del veredicto, base inmodificable de la sentencia, si fue admitido, y, por otra parte, el juzgador se abrogaría una atribución que la ley no le ha conferido, convirtiéndose así en Juez de hecho y de derecho. Además, no se advierte que en realidad la sentencia, en cuanto a Mejía Sánchez, se hubiera dictado en desacuerdo con los cargos precisos del auto de proceder. El juicio se planteó respecto de un homicidio premeditado con sus elementos que lo caracterizan como el de mayor gravedad entre los que atentan contra la vida, y por tal acto delictuoso fue condenado.

Causal séptima

Si lo contradictorio es lo que afirma y niega a un mismo tiempo —ha dicho la Sala—, para que se opere ese fenómeno se necesitan por lo menos dos proposiciones. Aplicado este obvio concepto al veredicto que ahora se impugna, no aparece el defecto que se le atribuye al emitido por los jueces de conciencia, que se limitaron a afirmar sencilla y simplemente, sin adición alguna, la responsabilidad de Gabriel Mejía en la muerte violenta de Bernardo Sánchez. Lo cual quiere decir que el autor de la demanda ha entendido equivocadamente el motivo de esta causal, puesto que pretende hacerla valer en situaciones en que ella, en rigor, no opera.

El veredicto tiene que ser no sólo contradictorio sino evidentemente contrario, es decir, que pugne con la razón, que no se pueda descifrar en ningún sentido por contener dos extremos opuestos entre sí, como por ejemplo, cuando se afirma que X cometió un determinado hecho y a renglón seguido se dice que no lo cometió, para que la causal séptima resulte pertinente y sea reconocida.

Pero si esa doble determinación se predica de actos realizados por dos sujetos, de los partícipes de un delito, afirmando que el uno es responsable y que el otro no, entonces la contradicción no existe. Si así fuera, de antemano estarían ambos condenados o absueltos, porque —conforme a las pretensiones del demandante— resultaría contradictorio el veredicto que discriminaran las dos situaciones.

Por último, hay que anotar que uno fue el Jurado que afirmó la responsabilidad de Mejía Sánchez, y otro el que negó la de Muñetón Tabares.

En consecuencia, no prospera ninguna de las causales invocadas por el recurrente, quien al buscarle —en la absolución del procesado Muñetón Tabares— apoyo a su tesis, ha traído al debate un problema extraño al recurso que interpuso para defender los intereses de su asistido, Gabriel Mejía.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con la petición subsidiaria del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia en la parte acusada, o sea en cuanto condenó a Gabriel Mejía a la sanción principal de 17 años de presidio, como responsable de la muerte de Bernardo Sánchez.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Ricardo Jordán Jiménez — Jesús Estrada Monsalve — Domingo Sarasty Montenegro — Luis Zafra—Julio E. Argüello R., Secretario.

LA RIÑA IMPREVISTA COMO CIRCUNSTANCIA MODIFICADORA DE LA RESPONSABILIDAD

1. — Para que el funcionario de derecho pueda aceptar una circunstancia MODIFICADORA reconocida por el Juri, bien porque ella se incluyó en el cuestionario sometido a su consideración por el Juez de la causa o porque, en su soberanía, los jueces de conciencia quisieron admitirla sin serles preguntada, es requisito indispensable que la respuesta se ciña o adapte, si no en su tenor literal al menos sustancialmente, a la definición de la ley, porque es ésta y no la jurisprudencia la que estructura los delitos.

En el caso sub judice, el Jurado respondió que el homicidio y las lesiones imputados a N. N. ocurrieron "en riña". No contestó "en riña suscitada de un modo imprevisto", como lo exige el artículo 384 del Estatuto Punitivo, ni empleó las locuciones equivalentes "en riña imprevista suscitada", "en riña que no le era posible prever al procesado" u otras semejantes. Por eso, la simple contestación "en riña" no podía tenerse, por el funcionario de derecho, como elemento de la figura contemplada en dicha disposición.

2.—La riña, como situación objetiva dentro de la cual se comete la infracción, no entraña, por sí sola, la atenuación del homicidio y las lesiones y, antes bien, puede agravarlos, como cuando ella se provoca por el mismo procesado o cuando éste, sin haberla provocado, la aprovecha, verbigracia, para sorprender indefensa a la víctima. Para que su ocurrencia constituya verdadera circunstancia modificadora se necesita el FACTOR SUBJETIVO DE LA IMPREVISION, como excluyente de toda intervención maliciosa del infractor en la iniciación y desarrollo de la lucha o contienda que culmina con la supresión de una vida o el daño a la integridad personal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, doce de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

Martiniano Ramos Ramos recurrió en casación contra la sentencia en que el Tribunal Superior de Bogotá —en grado de consulta— dobló la pena de cuatro años y un mes de presidio que por el Juzgado Segundo Superior del mismo Distrito Judicial le fuera impuesta al recurrente, con fecha 27 de abril de 1954, como responsable de la muerte y de las lesiones personales sufridas, respectivamente, por Arturo y Luis Hernando Rodríguez Rueda.

Tramitado legalmente el recurso, la Sala procede a decidir lo conducente con base en las siguientes premisas.

Hechos y actuación procesal

Dicen los autos que, siendo aproximadamente las seis y media de la tarde del día siete de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos —después de jugar al tejo en la vereda de Santa Ana, de la jurisdicción municipal de Guasca—, se dirigían a sus casas Pedro Juan y Nepomuceno Rodríguez Rodríguez, José del Carmen Rozo Murillo y Luis Hernando y Arturo Rodríguez Rueda; que el segundo de los nombrados zurriagó uno de los perros de Nepomuceno Ramos cuando, al pasar aquél y sus compañeros frente a la casa de éste, los animales se abalanzaron sobre el grupo; y que ese acto determinó la reacción de Ramos y de su hijo Martiniano, quien, con sendos disparos de revólver, ocasionó la muerte de Arturo Rodríguez Rueda, y lesionó, con diez días de incapacidad definitiva, a su hermano Luis Hernando.

Llamado Martiniano Ramos Ramos a responder en juicio por la comisión de tales infracciones, el Juri absolvió así las correspondientes preguntas:

"Sí es responsable. El homicidio, ocurrió en riña".

"Sí es responsable. Las lesiones ocurrieron en riña".

Entendió el Juzgado de primera instancia que los jueces de conciencia habían reconocido la circunstancia modificadora contemplada en el artículo 384 del Código Penal; pero el Tribunal la rechazó, porque "No toda riña es circunstancia modificadora de la responsabilidad, sino únicamente la imprevista para el agente activo del hecho delictuoso", y porque "Es natural y obvio que el Juez de derecho goza de cierta libertad para interpretar el veredicto, cuando éste adolece de confusión y oscuridad, pero en el presente caso, el veredicto es nítido y concluyente, por lo cual el Juez de la causa no tenía necesidad de darle ninguna interpretación" y "Al obrar en la forma como lo hizo, completó el pensamiento del Jurado, no teniendo facultad para ello".

La demanda

Se han invocado la **causal primera**, por estimarse que en la sentencia recurrida se interpretaron erróneamente los artículos 29 de la ley 4ª de 1943, 384 del Código Penal y 499 y 204 del Código de Procedimiento Penal; y la **causal tercera**, porque —en el mismo orden de ideas— el fallo se dictó en desacuerdo con el veredicto del Jurado, al apreciarse por el Tribunal sentenciador como de menor peligrosidad, y no como modificadora de los delitos de homicidio y lesiones personales, la circunstancia de la riña reconocida por los jueces de conciencia.

Concepto de la Procuraduría

El Colaborador Fiscal de la Sala, apoyado en la numerosa jurisprudencia de la Corte en casos similares, se pronuncia contra la invalidación del fallo material del recurso, y al efecto dice:

"El Juez del conocimiento desarrolló el veredicto, reconociendo en favor del procesado la circunstancia modificadora de la riña imprevista, pero esa situación no la aceptó el Tribunal, por cuanto los jueces de conciencia no se refirieron a la imprevisión, elemento sin el cual no puede suponerse la figura jurídica consagrada en el artículo 384 del Código Penal.

"En concepto de la Procuraduría, anduvo acertado el Tribunal.

"En efecto, para que la modalidad prevista en el artículo 384 del estatuto punitivo se estructure, es necesario que concurran los siguientes requisitos: a) Que el homicidio o las lesiones se realicen en el curso de una pelea; y b) Que ésta se suscite de 'un modo imprevisto'.

"En el caso **sub judice** el Jurado se pronunció claramente sobre el primer elemento, pues dijo que tanto el homicidio como las lesiones ocurrieron en el curso de una riña, pero en cambio no mencionó el segundo presupuesto, pues no dijo si la pelea se había suscitado de modo imprevisto para el procesado, y por consiguiente el fallador de derecho no podía, sin violar el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal, llenar el vacío que, deliberada o involuntariamente, dejó el **Juri**, porque ello equivaldría a pronunciar el fallo definitivo con un criterio de puro derecho y en desacuerdo con el pensamiento del tribunal popular".

Crítica de los cargos

Los conceptos que se dicen erróneamente interpretados por el Tribunal establecen:

Artículo 29 de la ley 4ª de 1943

"Los Jurados deberán contestar cada uno de los siguientes cuestionarios con un SI o un NO; pero si juzgaren que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo así brevemente en la contestación...".

Artículo 384 del Código Penal

"Cuando el homicidio o las lesiones se cometieren en riña que se suscite de un modo imprevisto, las respectivas sanciones de que tratan los dos capítulos anteriores, se disminuirán de una cuarta parte a la mitad".

Artículo 499 del Código de Procedimiento Penal

"La apreciación y calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito, corresponden al Juez de derecho".

Artículo 204 ibidem

"En los procesos penales las pruebas se apreciarán por su estimación legal. Toda duda se debe resolver a favor del procesado, cuando no haya modo de eliminarla".

Muy conocido es el pensamiento de la Corte sobre el sentido y alcance de los veredictos que los jueces de conciencia profieren, y sobre la facultad de interpretación de los mismos que a los

funcionarios de derecho corresponde, para aceptarlos o declararlos contraevidentes.

Aparte de las causas de inimputabilidad enumeradas en el artículo 23 del Código Penal y de las de justificación a que se refiere el artículo 25 de la misma obra, existen circunstancias que **modifican la responsabilidad** y circunstancias que simplemente **agravan o atenúan la respectiva sanción:** las primeras afectan la esencia misma de la infracción, dando lugar a diversas modalidades dentro de una determinada especie delictuosa, en tanto que las segundas —mientras no se hayan previsto de otra manera— se ordenan a calificar la mayor o menor peligrosidad del agente para la individualización de la pena. Estas son de la exclusiva apreciación de los jueces de derecho en todos los procesos; y aquéllas, de la exclusiva estimación del Juri en los juicios que requieren la intervención de éste, salvo el caso de los veredictos claramente contrarios a la evidencia de los hechos.

Para que el funcionario de derecho pueda aceptar una circunstancia **modificadora** reconocida por el Juri, bien porque ella se incluyó en el cuestionario sometido a su consideración por el Juez de la causa o porque, en su soberanía, los jueces de conciencia quisieron admitirla sin serles preguntada, es requisito indispensable que la respuesta se ciña o adapte, si no en su tenor literal al menos sustancialmente, a la definición de la ley, porque es ésta y no la jurisprudencia la que estructura los delitos.

En el caso sub judice, el Jurado respondió que el homicidio y las lesiones imputados a Martiniano Ramos ocurrieron "en riña". No contestó "en riña suscitada de un modo imprevisto", como lo exige el artículo 384 del Estatuto Punitivo, ni empleó las locuciones equivalentes "en riña imprevistamente suscitada", "en riña que no le era posible prever al procesado" u otras semejantes. Por eso, la simple contestación "en riña" no podía tenerse, por el funcionario de derecho, como elemento constitutivo de la figura contemplada en dicha disposición.

No es éste un capricho del legislador, porque la riña, como situación **objetiva** dentro de la cual se comete la infracción, no entraña, por sí sola, la atenuación del homicidio y las lesiones y, antes bien, puede agravarlos, como cuando ella se provoca por el mismo procesado o cuando éste, sin haberla provocado, la **aprovecha, verbigracia,** para sorprender indefensa a la víctima. Para que su ocurrencia constituya verdadera circunstancia modificadora se necesita el **factor subjetivo de la imprevisión,** como excluyente de toda intervención maliciosa del infractor en la iniciación y desarrollo de la lucha o contienda que culmina con la supresión de una vida o el daño a la integridad personal.

De ese modo, las previsiones de la ley coinciden con las conclusiones de la ciencia, que, admitiendo distintos grados de perturbación psicológica en el delincuente, permite calificar su responsabilidad mediante el empleo de expresiones o términos que corresponden a sus maneras de reaccionar frente a las excitaciones del mundo exterior. Y, así, no es toda **riña,** sino la "que se suscite de un modo imprevisto", ni son todos los estados de **ira** o de intenso dolor, sino los causados "por grave e injusta provocación", los que configuran las respectivas modalidades delictuosas.

Es el mismo Código de las Penas el que establece tan importante distinción entre los diversos grados de un mismo estado emocional, pasional o afectivo cuando —en el artículo 28— hace de la ira y del intenso dolor verdaderas circunstancias modificadoras, mientras los valora apenas —en el artículo 38— como circunstancias de menor peligrosidad. Por el artículo 40 de la obra citada, se dispone que "fuéra de las circunstancias especificadas en el artículo 38, debe tenerse en cuenta cualquiera otra análoga a ellas", y por eso el Tribunal obró con acierto al reputar, como de menor peligrosidad, la circunstancia de la riña, tal como ella se reconoció en el veredicto o sea sin la calificación de imprevista, con lo cual, lejos de incurrir en violación del artículo 499 del Estatuto Procesal, lo aplicó debidamente.

Improcedente es hablar de veredicto dudoso porque los juzgadores de primera y de segunda instacia lo hubieran estimado de diverso modo. Se trata simplemente de una discrepancia de criterios sobre la estimación de una respuesta del Jurado suficientemente clara, que el señor Juez Segundo Superior de este Distrito interpretó erradamente, al confundir lo que es la riña imprevistamente suscitada con el fenómeno de la simple riña, que —como lo expresó la Corte, en el fallo recordado por la Procuraduría— "ni quita ni pone al hecho sustancial porque apenas queda como una explicación complementaria de éste".

Son, por tanto, infundados los cargos formulados contra el fallo recurrido con relación a la causal primera; y como ellos son los mismos en que ha pretendido sustentarse la causal tercera —ya que el desacuerdo de la sentencia con el

veredicto se hace consistir en no haber aceptado el Tribunal sentenciador como imprevista la simple riña reconocida por el Juri—, la demanda tampoco habrá de prosperar por ese concepto.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con la solicitud del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso.

Ricardo Jordán Jiménez — Jesús Estrada Monsalve — Domingo Sarasty Montenegro — Luis Zafra — Julio E. Argüello, Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD.—INTERVENCION JUDICIAL O ADMINISTRATIVA

Los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y los Agentes del Ministerio Público no pueden ser mandatarios en asuntos judiciales o administrativos, ni pueden abogar en esta clase de negocios, aunque se hallen en ejercicio de licencia, ni aconsejar a cualquiera de las partes litigantes —dice el artículo 179 del Código Penal.— En la primera hipótesis: la existencia de un mandato y el ejercicio del mismo, es elemento indispensable para estructurar el delito; en la segunda, no se trata de ejercer un mandato ni de asumir funciones de apoderado en determinado negocio; el simple hecho de abogar de palabra o por escrito ante las autoridades civiles o administrativas, es lo que la ley considera como infracción penal; en la tercera, se prescinde de la intervención de los funcionarios ante las autoridades civiles o administrativas, y el delito se tipifica por el hecho de aconsejar, dictaminar o u opinar en un negocio, a fin de que el dictamen, consejo u opinión sirva como norma de conducta a las partes litigantes.

Por esta disposición (Art. 179 del C. P.) la ley garantiza la independencia absoluta de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público en la administración de justicia, y establece una incompatibilidad o impedimento legal para ejercer dos o más funciones a la vez; la de empleado público, por una parte, y la de mandatario, procurador, vocero, abogado o simple consejero por otra. La actividad de los particulares en asuntos judiciales o administrativos, no puede confundirse con la de los empleados que administran justicia, ni la investidura de éstos puede tener un sentido de influencia o ascendiente ante las autoridades de quienes se exige el reconocimiento de un derecho o la sanción para un delito.

Cuando el reconocimiento de un derecho o el resultado de una investigación se hallan supeditados a intereses o influencias extrañas que menoscaban la imparcialidad absoluta de los juzgadores, la justicia no puede ser la expresión de la verdad como finalidad del derecho, o como resultado de un proceso, máxime cuando esa intervención proviene de funcionarios de la Rama Jurisdiciconal o del Ministerio Público; por esto es por lo que el Legislador ha establecido una serie de incompatibilidades para estos funcionarios, prohibiendo su intervención en asuntos judiciales o de orden administrativo, bien sea como mandatarios, apoderados o voceros, o como el de simples consejeros para las partes litigantes (Arts. 179 C. P.; 18 de la Ley 105 de 1931 y Decreto Nº 385 de 1950).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre catorce de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, consulta la providencia de primero de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, por la cual se sobresee definitivamente en favor del doctor **César Ernesto Muñoz Torres**, Juez Segundo Civil del Circuito, por los cargos materia de la presente investigación.

Hechos:

Guillermo I. Mosquera y Aurelio Ordóñez G., el ocho de abril de mil novecientos cincuenta y cuatro, ante el Presidente del Tribunal presenta-

ron denuncia contra el doctor César Ernesto Muñoz Torres, y expresaron:

"1º—Hace algún tiempo que el doctor César Ernesto Muñoz T. viene abandonando periódicamente el Juzgado a su cargo para trasladarse a la población de El Bordo, posiblemente con licencia o sin ella a gestionar como abogado asuntos de interés personal y familiar en los despachos oficiales del Distrito de Patía, como la Inspección de Policía del pueblo de Patía, a donde existe constancia al respecto y también en la Alcaldía Municipal de El Bordo a donde ha hecho varias solicitudes orales y posiblemente existen constancias por escrito".

Actuación

La investigación contiene estos elementos probatorios:

a)—Acuerdo de nombramiento, acta de posesión y certificado sobre ejercicio del cargo, que comprueban la calidad del doctor Muñoz Torres como funcionario de la Rama Jurisdiccional.

b)—Declaraciones de Aquileo Ordóñez (herma del denunciante), Ernestina Mosquera, Luis Larrohondo, Gustavo Burbano y Moisés Mosquera, para acreditar la intervención del acusado en algunas diligencias judiciales y de Policía.

c)—Certificaciones del Alcalde Municipal de "El Patía" y del Inspector de Policía Judicial del Corregimiento del mismo nombre, en relación con las intervenciones que en dichas oficinas hubiera realizado el sindicado.

d)—Copia de la querella de Policía intaurada por el doctor Miguel A. Orozco, apoderado de la señora Mercedes Torres v. de Muñoz, y declaraciones de los doctores Augusto N. de la Torre y Miguel A. Orozco.

e)—Declaraciones de Anatolio Méndez Gómez, Rufino y Nabor Gómez y Víctor Girón, que dan cuenta de la venta de un terreno en el fundo "Méndez", como, también, de que los denunciantes Mosquera y Aurelio Ordóñez invadieron zonas de terreno de propiedad de la familia Muñoz Torres. Y,

f)—Declaración indagatoria del acusado doctor César Ernesto Muñoz.

Providencia del Tribunal

Después de un análisis detenido de los hechos y pruebas allegadas al proceso, el Tribunal sostiene que los cargos formulados contra el Juez acusado no son constitutivos de delito, ora por no existir abandono del cargo, bien, por no estar demostrado que el doctor Muñoz hubiere intervenido en calidad de mandatario judicial en las diligencias cumplidas ante las autoridades policivas, ya también, en cuanto a que los demás hechos no se probaron, y que, por estar finalizada la investigación no es el caso de aplicar el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, sino las disposiciones de los artículos 228 (sic) y 437 de la obra citada.

Se considera:

Los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y los Agentes del Ministerio Público no pueden ser mandatarios en asuntos judiciales o administrativos, ni pueden abogar en esta clase de negocios, aunque se hallen en ejercicio de licencia, ni aconsejar a cualquiera de las partes litigantes —dice el artículo 179 del Código Penal. En la primera hipótesis la existencia de un mandato y el ejercicio del mismo, es elemento indispensable para estructurar el delito; en la segunda, no se trata de ejercer un mandato ni de asumir funciones de apoderado en determinado negocio; el simple hecho de abogar de palabra o por escrito ante las autoridades civiles o administrativas es lo que la ley considera como infracción penal; en la tercera, se prescinde de la intervención de los funcionarios ante las autoridades civiles o administrativas, y el delito se tipifica por el hecho de aconsejar, dictaminar u opinar en un negocio, a fin de que el dictamen, consejo u opinión sirva como norma de conducta a las partes litigantes.

Por esta disposición (Art. 179 del C. P.) la ley garantiza la independencia absoluta de los funcionarios de la Rama Jurisdicional y del Ministerio Público en la administración de justicia, y establece una incompatibilidad o impedimento legal para ejercer dos o más funciones a la vez; la de empleado público, por una parte, y la de mandatario, procurador, vocero, abogado o simple consejero, por otra. La actividad de los particulares en asuntos judiciales o administrativos, no puede confundirse con la de los empleados que administran justicia, ni la investidura de éstos puede tener un sentido de influencia o ascendiente ante las autoridades de quienes se exige el reconocimiento de un derecho o la sanción para un delito.

Cuando el reconocimiento de un derecho o el resultado de una investigación se hallan supédi-

tados a intereses o influencias extrañas que menoscaban la imparcialidad absoluta de los juzgadores, la justicia no puede ser la expresión de la verdad como finalidad del derecho, o como resultado de un proceso, máxime, cuando esa intervención proviene de funcionarios de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público; por ésto es por lo que el Legislador ha establecido una serie de incompatibilidades para estos funcionarios, prohibiendo su intervención en asuntos judiciales o de orden administrativo, bien sea como mandatarios, apoderados o voceros, o como el de simples consejeros para las partes litigantes (Arts. 179 C. P.; 18 de la Ley 105 de 1931 y Decreto Nº 385 de 1950).

En el caso de estudio, ninguna de las hipótesis contempladas por el artículo 179 de la ley sustantiva, fue violada por el acusado. El doctor Muñoz Torres, según consta en la certificación expedida para el Tribunal, no ejerció ningún mandato judicial, ni aconsejó a las partes litigantes, ni realizó intervención alguna ante las autoridades de Policía; fue el doctor Miguel Angel Orozco, como apoderado de Mercedes Torres v. de Muñoz quien formuló la respectiva demanda e intervino en todas las diligencias relativas a la querella de Policía.

La presencia del doctor Muñoz Torres ante el Inspector de Policía Judicial de Patía no fue para litigar en causa propia, sino, para formular denuncia por la comisión de un hecho punible, y el derecho que la ley otorga a los ciudadanos, también lo dá para el empleado o funcionario público que tenga conocimiento de la comisión de un delito para que lo denuncie ante las autoridades competentes, y el cumplimiento de un deber correlativo a un derecho no puede ser constitutivo de violación de la ley penal; probablemente, la omisión sí sería motivo de investigación penal.

En estas condiciones, los hechos que dieron lugar a la presente investigación, no se realizaron por el doctor Muñoz Torres, y el sobreseimiento definitivo decretado en su favor tiene fundamento legal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, CONFIRMA la providencia de fecha primero de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, por la cual se sobresee defintivamente en favor del Dr. César Ernesto Muñoz Torres.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.—Domingo Sarasty Montenegro.—Luis Zafra.—Julio E. Argüello, Secretario.

CONCUSION Y COHECHO. — ELEMENTOS. — DIFERENCIAS ENTRE LOS DOS DELITOS

1.—Son requisitos necesarios de la concusión:

a) Calidad de funcionario o empleado público en el sujeto activo del delito; b) Abuso del cargo de las funciones; c) Empleo de actos encaminados a constreñir o inducir a alguno; y d) Entrega o promesa indebidas de dinero o de otra utilidad, hechas al funcionario o a un tercero como efecto de la violencia o del fraude.

Es de destacar que el concusionario no sólo puede valerse de la coacción moral, amenazando francamente con abusar de sus poderes, sino también del engaño —que es lo más frecuente—, mediante un hábil y sutil procedimiento para atrapar a la víctima o inducirla a dar o prometer lo que se le pide sin justa causa. Por eso, la concusión puede ser EXPLICITA o IMPLICITA. Explícita cuando la amenaza es manifiesta y el funcionario pone de bulto sus dañados propósitos de lucro. Implícita, cuando los oculta y mañosamente hace caer en error o en engaño al ofendido. Esta forma de concusión es muy semejante a la estafa, pero se diferencia de ella en cuanto el ardid proviene del oficial público que traiciona su investidura.

2. — El delito de cohecho está integrado por los siguientes elementos:

1º Que el sujeto activo sea un funcionario o empleado público; 2º Que reciba indebidamente, para sí o para un tercero, dinero o cualquier otra dádiva, o acepte promesas remuneratorias, directas o indirectas; y 3º Que la dádiva o la promsea la reciba o la acepte para hacer, omitir o retardar un acto concerniente a sus funciones, o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales.

3.—Aconseja la doctrina tradicional que, para distinguir la concusión del cohecho, debe adoptarse este criterio práctico: en la concusión el funcionario PIDE o EXIGE, franca o veladamente; y en el cohecho no exige nada; simplemente ACEPTA.

Pero la diferencia más honda y sustancial que separa aquellos dos delitos radica en esto: que en la concusión existe la violencia o engaño de parte del funcionario público, y sólo hay un sujeto activo de la infracción; mientras que en el cohecho están ausentes esos medios coactivos o fraudulentos, y el ilícito es bilateral, porque requiere un acuerdo perfecto, sin vicio alguno, de la voluntad, entre el sobornador y el sobornado. Hay un verdadero "contrato ilícito", en que ambos sujetos son codelincuentes. Uno y otro protagonistas actúan dolosamente en daño de la administración pública. Además, en el cohecho el acuerdo versa sobre un acto determinado y futuro que el funcionario debe cumplir; en tanto que la concusión no requiere ese acto futuro y preciso. En ella "todo comienza y concluye con el abuso de autoridad constituído por la exigencia" (Soler); de la misma manera que en el cohecho, "la consumación de este delito está en la consumación del contrato" (Carrara).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, quince de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra)

Vistos:

El Tribunal Superior de Barranquilla, en sentencia de fecha cuatro de diciembre de 1953, condenó al doctor José María Barraza Lora a la pena de un año de prisión y accesorias consiguientes, como responsable del delito de concusión cometido en su carácter de Juez 3º Superior de esa ciudad. Allí mismo lo absolvió del cargo de cohecho imputado en el auto de proceder.

La defensa interpuso apelación contra dicho fallo.

Pasa la Corte a decidir el recurso, y para ello tiene en cuenta:

1º Del 28 de mayo al 10 de septiembre de 1951,

el doctor José María Barraza Lora desempeñó interinamente el Juzgado 3º Superior de Barranquilla.

2º Durante ese lapso le correspondió conocer del proceso contra Alfonso Echeona Villamizar y otros, por robo a la "Joyería Moderna", de propiedad del señor Antonio Chaljub, quien se constituyó parte civil en el asunto.

3º El 10 de julio de 1951, el Juez doctor Barraza, asociado de testigos actuarios, practicó una inspección ocular en la mencionada joyería, con el fin de determinar las características de las huellas o señales de violencia dejadas por el delito, y concluído el acto, el funcionario se dirigió al encargado del establecimiento, don Jorge Chaljub, y le exigió cien pesos para pagar los "peritos" que habían intervenido en la inspección, dinero que le fue entregado al día siguiente por orden del dueño de la joyería, don Antonio Chaljub. Esa suma quedó en poder del Juez, sin que los "peritos" tuvieran participación alguna en ella. Al contrario, ignoraban completamente el hecho.

4º De la misma "Joyería Moderna", el Juez sacó a crédito un reloj y un anillo, por esos días.

5º Ya al terminar el mes de julio de 1951, el Juez doctor Barraza se presentó a la "Joyería Moderna" un tanto embriagado, y entabló conversación con don Antonio Chaljub. Refiriéndose al proceso contra Echeona Villamizar por el robo a la joyería, le dijo a don Antonio, según relata éste: "Ya yo condené a ese bandido a ocho años, así pues, que sumando los ocho años a que yo lo condené y ocho años del Juez Octavo de Policía, ya son diez y seis, y cinco años que está pagando por la condena de Buga son en total veintiún años; eso es lo que merece ese bandido", Después agregó: "Déme cincuenta pesos", sin manifestarme para qué necesitaba ese dinero. Entonces yo saqué cincuenta pesos de mi bolsillo y se los entregué. Después de recibirlos y guardarlos me dijo que no dijera nada a nadie sobre la entrega de estos cincuenta pesos. Inmediatamente se fue".

6º La manifestación del Juez hecha a Chaljub, de haber condenado al reo Echenoa por el robo a la joyería, fue embustera, pues la sentencia no la había dictado aún. El fallo definitivo vino a proferirlo el 3 de agosto de 1951, y en él **absolvió** al procesado.

7º Agotada la investigación, el Tribunal la calificó así: llamamiento a juicio del doctor José María Barraza por un concurso material de dos delitos: concusión y cohecho. El primer ilícito (concusión), por haber exigido ilegalmente y con abuso de autoridad los cien pesos, que retuvo para sí. Y el segundo (cohecho), por los cincuenta pesos que pidió y obtuvo "en consideración a su cargo".

En cuanto al reloj y el anillo, el juzgador no encontró delictuosa la conducta del doctor Barraza, porque "fueron dados a crédito. Y si bien ese acto acusa en él una tremenda falta de delicadeza, no alcanza a estructurar infracción a la ley penal".

8º **El fallo** apelado versó, pues, únicamente sobre la exigencia y recibo de las sumas de $ 100 y $ 50, por parte del Juez doctor Barraza. En la concusión no tuvo dificultad el Tribunal: la encontró plenamente probada y la reprimió con un año de prisión. No así en lo tocante al cohecho, cuya estructura jurídica halló desintegrada, por faltar un elemento constitutivo de los que requiere el artículo 165 del Código Penal, ya que —dice la sentencia— no se logró "demostrar procesalmente que el señor Chaljub diera ese dinero (los $ 50.00, aclara la Corte) al doctor Barraza en consideración al cargo de Juez que éste desempeñaba". Y

9º El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal comparte el primer punto —el relativo a la concusión—; pero considera que el Tribunal incurrió en el yerro grave de imputarle al Juez el delito de cohecho por los $ 50.00, cuando en realidad ese acto implica otro delito de concusión.

"De parte de Antonio Chaljub —expresa el colaborador— no hubo oferta de ninguna clase y, en cambio, de parte del doctor Barraza Lora no sólo hubo la petición o exigencia del dinero, sino también un preámbulo o discurso, falso en parte, para obtener de este modo la entrega del dinero solicitado, predisponiendo en su favor el ánimo de la víctima e induciéndola en un error para que así más fácilmente cayera en el lazo o trampa y entregara la suma que se le exigía.

"Y este preámbulo era indispensable, pues si Antonio Chaljub hubiese sabido que el fallo favorecía a Alfonso Echeona Villamizar (en el supuesto bondadoso y en gracia de discusión se aceptase que ya había sido proferido), hubiera inmediatamente negado, más o menos cortesmente, la demanda de dinero que se le hacía".

Sin embargo, el señor Procurador no encontró camino legal adecuado para enmendar la anomalía, porque "este error proviene desde el auto de enjuiciamiento que se ejecutorió debidamente, pues no fue apelado; y siendo inmodificable actualmente tal providencia, la H. Corte no puede

hacer nada al respecto y deben aceptarse las cosas tal como quedaron".

No es admisible la conclusión del señor Agente del Ministerio Público, ya que si en el auto de proceder se incurre en error sobre la denominación jurídica del delito, surge entonces una nulidad que vicia lo actuado y que es preciso decretar para reponer el procedimiento, lo cual puede hacerse bien en las instancias, o bien en el recurso extraordinario de casación, según los artículos 198, ordinal 8º, 200, 201 y 567, ordinal 4º, del estatuto procesal.

Por consiguiente, lo primero que debe examinar la Corte es si hubo equivocación sobre la naturaleza de las infracciones calificadas en el enjuiciamiento, como lo plantea el señor Procurador. Y, al efecto, es necesario determinar cuál es la estructura jurídica de los delitos de concusión y cohecho, y cuáles sus diferencias, que es donde radica el problema suscitado en esta segunda instancia.

Concusión y cohecho

Ambos ilícitos reprimen al funcionario o empleado público que abusa de sus poderes con un fin de lucro o enriquecimiento. El ser comunes a las dos infracciones la investidura del agente y la avidez como objetivo de la acción criminosa, llevó en un principio a confundir la concusión con el cohecho. Pero hoy se les tiene como delitos autónomos, con elementos constitutivos propios.

Así, la concusión, genéricamente, consiste en el hecho del funcionario o empleado público que, con abuso de su calidad o de sus funciones, constriñe o induce a alguien a dar o prometer al mismo funcionario o a un tercero, dinero u otra utilidad.

Y el cohecho es la aceptación que hace el funcionario, para sí o para un tercero, de dinero, dádivas o promesas remuneratorias, no debidos, con el fin de ejecutar, omitir o retardar un acto propio del cargo, o para realizar uno contrario a los deberes oficiales.

Son, pues, requisitos necesarios de la concusión:

a) Calidad de funcionario o empleado público en el sujeto activo del delito;

b) Abuso del cargo o de las funciones;

c) Empleo de actos encaminados a constreñir o inducir a alguno; y

d) Entrega o promesa indebidas de dinero o de otra utilidad, hechas al funcionario o a un tercero como efecto de la violencia o del fraude.

Es de destacar que el concusionario no sólo puede valerse de la coacción moral, amenazando francamente con abusar de sus poderes, sino también del engaño —que es lo más frecuente—, mediante un hábil y sutil procedimiento para atrapar a la víctima e inducirla a dar o prometer lo que se le pide sin justa causa. Por eso, la concusión puede ser **explícita** o **implícita.** Explícita cuando la amenaza es manifiesta y el funcionario pone de bulto sus dañados propósitos de lucro. Implícita, cuando los oculta y mañosamente hace caer en error o en engaño al ofendido. Esta forma de concusión es muy semejante a la estafa, pero se diferencia de ella en cuanto el ardid proviene del oficial público que traiciona su investidura. En este orden de ideas, como dicen los autores, todos los medios son buenos para crear el error, comenzando por la simple afirmación y persuasión, y acabando en artificios, engaños y maquinaciones, pues "el prestigio y la competencia presunta del funcionario hallan vías más fáciles para el engaño que la persona privada".

Respecto del delito de cohecho, lo integran los siguientes elementos:

1º Que el sujeto activo sea un funcionario o empleado público;

2º Que reciba indebidamente, para sí o para un tercero, dinero o cualquier otra dádiva, o acepte promesas remuneratorias, directas o indirectas y;

3º Que la dádiva o la promesa la reciba o la acepte para hacer, omitir o retardar un acto concerniente a sus funciones, o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales.

Aconseja la doctrina tradicional que, para distinguir la concusión del cohecho, debe adoptarse este criterio práctico: en la concusión, el funcionario **pide** o **exige,** franca o veladamente; y en el cohecho no exige nada; simplemente **acepta.**

Pero la diferencia más honda y sustancial que separa aquellos dos delitos radica en esto: que en la concusión existe la violencia o el engaño de parte del funcionario público, y sólo hay un sujeto activo de la infracción; mientras que en el cohecho están ausentes esos medios coactivos o fraudulentos, y el ilícito es bilateral, porque requiere un acuerdo perfecto, sin vicio alguno de la voluntad, entre el sobornador y el sobornado. Hay un verdadero "contrato ilícito", en que ambos sujetos son codelincuentes. Uno y otro protagonistas actúan dolosamente en daño de la admi-

nistración pública. Además, en el cohecho el acuerdo versa sobre un acto determinado y futuro que el funcionario debe cumplir; en tanto que la concusión no requiere ese acto futuro y preciso. En ella "todo comienza y concluye con el abuso de autoridad constituído por la exigencia" (Soler); de la misma manera que en el cohecho, "la consumación de este delito está en la consumación del contrato" (Carrara).

Pasando al caso **sub judice,** se tiene:

De acuerdo con el haz probatorio que se puntualizó en el auto de proceder, el Tribunal estuvo acertado al calificar de concusión el cobro ilegítimo de los cien pesos que hizo el Juez al encargado de la "Joyería Moderna", porque, mediante abuso de autoridad, lo indujo en error para obtener la entrega del dinero, haciéndole creer que dicha suma se necesitaba para pagar honorarios a los "peritos", cosa absolutamente falsa. La ley, en materia penal, no autoriza esa clase de derechos o emolumentos.

En cambio, el Tribunal incurrió en yerro jurídico cuando imputó al procesado el delito de cohecho, por la exigencia de los cincuenta pesos.

Realmente, la entrega de ese dinero no la obtuvo el funcionario por virtud de un acuerdo voluntariamente perfecto entre él y don Antonio Chaljub, en que éste dio porque quiso dar. No. El Juez se valió para ello de un ardid previo, como fue el de decirle a don Antonio que ya había condenado a Echeona, sin ser cierto ese hecho. Sencillamente puso en práctica el sistema de la concusión **implícita**, caracterizado, como ya se vio, por el uso de medios fraudulentos para convencer a la víctima y sacar de ella lo que se le requiere. En este evento, se dá o se promete al funcionario público no en forma libre y espontánea, sino con voluntad viciada por el engaño.

Cierto que el artículo 165 del Código Penal, colocado en el Capítulo relativo al cohecho, reprime a los funcionarios o empleados públicos que "recibieren dinero o dádivas, ofrecidas en consideración a su cargo, por personas que tengan algún asunto pendiente en su respectivo Despacho". Y, precisamente, en esta norma se basó el Tribunal para llamar a juicio al doctor Barraza Lora por dicha infracción.

Pero sobre el particular, se observa:

El mencionado artículo 165 contempla una especie irregular o **sui generis** de cohecho. Porque si éste, de suyo, es un ilícito bilateral, en que debe existir un nexo de causalidad entre la dádiva o la promesa y la ejecución u omisión futura del acto propio del funcionario; en el cohecho irregular falta ese nexo indispensable, puesto que el presente es hecho sólo en consideración al oficio que desempeña el sujeto que lo recibe. Esa dádiva constituye algo así como un agradecimiento, que conlleva la espontaneidad y el desinterés de la persona que tiene pendiente el asunto. Por eso, en dicho caso, hay apenas un responsable único: el funcionario o empleado que acepta el dinero o la dádiva, con menoscabo de la pulcritud y honestidad que exige la investidura. Más claro: el funcionario o empleado público se limita aquí a **recibir** el donativo que se le **ofrece espontáneamente,** sin que preceda de su parte ninguna exigencia que constriña o induzca al interesado.

Y esa no fue la conducta del Juez doctor Barraza Lora, porque, vuelve a repetirse, él acudió a medios engañosos para obtener la entrega de los cincuenta pesos.

En resumen: fue correcto el llamamiento a juicio del procesado por el delito de concusión, consistente en haber exigido los cien pesos para el pago de "peritos". Pero hubo error en la misma providencia, al imputarle al doctor Barraza Lora un delito de cohecho, en vez de concusión, que era el pertinente y relacionado con los cincuenta pesos que le pidió a don Antonio Chaljub en fecha distinta. Ese error implica nulidad del juicio, en los términos del artículo 198, ordinal 8º, del Código de Procedimiento, y su declaratoria se hace de oficio en las instancias.

Finalmente, el señor Procurador pide investigar el delito de falso testimonio que hayan podido cometer los señores Reinaldo Acosta Polo y César Bustillo Vergara (fs. 88 a 92, cuaderno 4º); y una posible falsedad que se sugiere en el testimonio de Reinaldo Acosta Polo (fs. 100 del mismo cuaderno). En cuanto a la primera infracción, es procedente la solicitud del colaborador, conforme al artículo 10 de la Ley Procesal. No así respecto de la segunda, porque el Tribunal ya dispuso averiguar la falsedad en el punto 3º del auto de enjuiciamiento (fs. 181, cuaderno 1º).

Es de advertir que la nulidad que va a declararse arranca del auto de proceder, inclusive, para que en una sola providencia de fondo se califiquen todos los cargos materia de la investigación. Y como el proceso se inició desde el 27 de agosto de 1951, y el sumario se encuentra debidamente perfeccionado, el Tribunal debe actuar con la mayor prontitud para evitar cualquier perjuicio en la administración de justicia.

También se observa que no se han estudiado

las razones del alegato de conclusión presentado ante la Corte por el señor defensor sobre la irresponsabilidad del doctor Barraza Lora, porque ese tema resulta extraño cuando, como es el caso, apenas se trata de resolver acerca de vicios procedimentales.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público, REVOCA la sentencia apelada y DECLARA NULA la actuación, a partir del auto de proceder, inclusive, fechado el cinco de mayo de 1952 (fs. 168, cuaderno 1º), a fin de que se reponga el procedimiento de allí en adelante.

Por el Tribunal de instancia, sáquese copia de lo pertinente para investigar el delito de falso testimonio, de acuerdo con lo pedido por el señor Procurador.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el negocio.

Ricardo Jordán Jiménez — Jesús Estrada Monsalve — Domingo Sarasty M. — Luis Zafra—Julio E. Argüello R., Secretario.

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO

La medida del cambio de radicación de los procesos penales, autorizada por el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, ha de subordinarse a las conveniencias de la recta administración de justicia, sin que sea siempre indispensable una completa demostración objetiva de aquéllas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, veinte de septiembre de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Para el concepto de que trata el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, el Ministerio de Justicia ha remitido a la Corte la solicitud del doctor Pablo Patiño Bernal tendiente a obtener el cambio de radicación del proceso que, por estafa, abuso de confianza y otras defraudaciones, se adelanta en el Juzgado 2º Superior del Distrito Judicial de Ibagué, contra Edmundo Peralta Bretón.

En dicha solicitud se expresa:

1º Que, habiéndose proferido enjuiciamiento contra Peralta Bretón en el Juzgado 2º Superior de Ibagué, no obstante haber conceptuado razonadamente el Fiscal de ese Despacho que debía sobreseerse definitivamente, el negocio subió por apelación al Tribunal, donde el 2 de junio de este año Alfredo Parra —empleado de la Secretaría de esa Corporación—, manifestó a Peralta que, si daba trescientos pesos, Pablo Núñez —auxiliar del Magistrado David Rincón Bonilla— haría firmar de éste y de los demás Magistrados de la Sala un proyecto favorable a su situación, ya elaborado; y que, igualmente, Argilio Montealegre —Secretario del Juzgado 2º Superior, donde se ventila el proceso— le hizo la misma exigencia al sindicado, con la amenaza de que "el fallo le saldría mal" en caso contrario;

2º Que a Peralta se le presentó un proyecto del Magistrado Rincón Bonilla, registrado en la Secretaría del Tribunal, el día 3 de junio, por el cual se revocaba el llamamiento a juicio dictado contra él y se sobreseía definitivamente en su favor;

3º Que Peralta no sólo rehusó "la inmoral propuesta", sino que la puso en conocimiento de los funcionarios judiciales y del Ministerio Público, por lo cual supo después, sin extrañeza, que el proyecto del doctor Rincón Bonilla se había sustituído por otro en que se confirmaba el respectivo auto de proceder;

4º Que denunciados los hechos ante el señor Fiscal 2º Superior de Ibagué y conocidos luégo por el Presidente del Tribunal, este funcionario comisionó para investigarlos al Juez 1º Penal del Circuito, quien profirió contra Alfredo Parra, Pablo Núñez y Argilio Montealegre el auto de detención preventiva de fecha 12 de julio último, que se halla en firme, por el delito de concusión;

5º Que ante el escándalo suscitado en el Tolima por tal causa, intervino la Procuraduría General de la Nación designando al Visitador doctor Guillermo Rivero Angel, quien apeló del referido auto de detención para que se hiciera extensivo al empleado del Tribunal señor José Vicente Patiño; y que al Juzgado 1º Penal del Circuito "le fue inmediatamente arrebatado el asunto por el señor Juez 1º Superior de Ibagué doctor Hernando Vera Vera, quien ya verbalmente lo había amenazado de hacerlo, porque dizque no toleraba se manchara la reputación de sus amigos los prevaricadores".

6º Que los Jueces 1º, 2º y 3º Superiores se declararon impedidos para conocer del sumario contra los empleados judiciales prenombrados, "unos por haber intervenido en él como testigos, otros por natural simpatía y solidaridad con ellos, algunos por enemistad contra Edmundo Peralta"; y que éste "no tiene quien lo juzgue en Ibagué, por las razones anotadas";

7º Que, como consecuencia de esos impedimentos, el proceso subió al Tribunal, cuya Sala Penal quedó desintegrada por haberse declarado impedidos asimismo los Magistrados Salazar Santos y Rincón Bonilla, agregándose a esa circunstancia —como lo acepta la Procuraduría— la de hallarse los Conjueces Ernesto Lucena Bonilla y Guillermo Granados "prohibidos para intervenir, por ser abogados que han actuado en diversos

negocios en contra de Edmundo Peralta Bretón";

8º Que en el Juzgado 2º Superior de Ibagué se conoció y falló la denuncia de Edmundo Peralta Bretón contra el doctor Nicolás González Torres, por falsedad y otros delitos, habiéndose logrado su detención por el Juzgado 79 de Instrucción Criminal, y que el doctor Lucena Bonilla es uno de los defensores de los empleados concusionarios, por lo cual —dada la influencia de ambos personajes en la capital del Tolima— se ha descargado sobre Peralta Bretón "el peso iracundo de los grandes gestores de las colectividades tradicionales, de tal suerte que se halla desprovisto de defensor en la actualidad, porque no es posible luchar contra el poder judicial, contra los partidos tradicionales, contra la oligarquía social y económica, y sobre todo contra la urdimbre criminosa, integral, que impide la ejecución de la justicia".

9º Que la inquina de los empleados del órgano judicial en Ibagué contra Peralta Bretón llevó a la Cooperativa del mismo en dicha ciudad hasta votar una partida de consideración para el pago de los honorarios de los abogados defensores de Alfredo Parra, Pablo Núñez y Argilio Montealegre; y que se han ordenado por los Jueces colectas especiales y extraordinarias con igual objetivo;

10º Que la prevención de las autoridades judiciales, especialmente de los empleados del Juzgado 2º Superior de Ibagué, contra Edmundo Peralta "es de tal especie que al solicitar las pequeñas copias necesarias para este proceso de cambio de radicación, se exigió a mi mandante la suma de **un mil quinientos pesos** ($ 1.500.00) moneda corriente, medida con la cual han querido impedir mis gestiones, y cuyo alcance ético podrá apreciar ese Despacho";

11º Que la situación del señor Peralta Bretón, de continuar ventilándose su causa ante los Jueces Superiores de Ibagué, "se agrava al considerar que los delitos por los cuales se le ha de juzgar, no tienen intervención del Jurado, conforme lo dispuso el artículo 1º del Decreto número 3347 de 1950... perdiendo la defensa el apoyo de los jueces de hecho, tan interesante en estos casos", y

12º Que tanto el Fiscal del Juzgado 2º Superior de Ibagué como el Procurador General de la Nación han estimado que es procedente el cambio de radicación del proceso contra Peralta Bretón, por las mismas razones que ya habían determinado —a petición del segundo de dichos funcionarios —el de las diligencias seguidas contra Alfredo Parra, Pablo Núñez y Argilio Montealegre por concusión.

El doctor Patiño Bernal acompañó a su memorial los siguientes documentos:

A) Poder otorgado al memorialista por Edmundo Peralta Bretón, para pedir el cambio de radicación;

B) Constancia del Secretario del Juzgado 2º Superior de Ibagué, según la cual el mencionado proceso cursa en ese despacho en término de prueba, sin que se haya dictado, por esa razón, sentencia de segunda instancia;

C) Copia informal del auto de 12 de julio último, del Juzgado 1º Penal del Circuito de Ibagué, por el cual se decretó la detención preventiva de Alfredo Parra, Pablo Núñez y Argilio Montealegre, y se dispuso oficiar al doctor Rincón Bonilla, al Tribunal Superior de Ibagué y al Juzgado 2º Superior del mismo Distrito "para que procedan a suspender del ejercicio del cargo a los mencionados ciudadanos y los ponga a disposición de este Juzgado, en la Penitenciaría de esta ciudad";

D) Copia del oficio número 541 de 9 de agosto de este año, mediante el cual la Procuraduría General de la Nación pidió al Ministerio de Justicia el cambio de radicación del proceso contra Parra, Núñez y Montealegre;

E) Constancia expedida por el Fiscal del Juzgado 2º Superior de Ibagué y copia del oficio número 605 de 7 de los corrientes, dirigido por el señor Procurador General de la Nación al Abogado General del Ministerio de Justicia, documentos ambos favorables al pedimento de que se hace mérito; y

F) Copia de la Resolución Ejecutiva número 137 de 3 de septiembre en curso, por la cual se radicó en el Distrito Judicial de Tunja la investigación contra Alfredo Parra, Pablo Núñez y Argilio Montealegre.

Se considera:

La medida del cambio de radicación de los procesos penales, autorizada por el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, ha de subordinarse a las conveniencias de la recta administración de justicia, sin que sea siempre indispensable una completa demostración objetiva de aquéllas. Por eso ha dicho la Sala que "La Corte, al conceptuar sobre cambios de radicación, se ha inspirado en el alto propósito de conseguir

simultáneamente dos objetivos: la intangibilidad del buen nombre del Poder Judicial, a la vez que la remoción de cualquier motivo alegado como perturbador de la serena marcha de un proceso, aun cuando tal motivo sólo resulte fundado subjetivamente"; que "no se requiere que los comprobantes de que habla la ley y en los cuales debe basar la Corte su concepto, tengan el carácter de prueba plena y perfecta para demostrar hechos que además, por la naturaleza de las cosas, resultarían en muchas ocasiones imposibles de probar", y que "Basta con que de aquellos comprobantes se capte una impresión de conjunto, ora sobre las actuaciones de los jueces, ya sobre irregularidades en el procedimiento, o acerca del ambiente judicial o público, para que la Corte pueda aconsejar el traslado de un proceso ante otros jueces, respecto de quienes no tengan aprensión alguna los interesados". (XLIV, 557).

La referida jurisprudencia tiene oportuna aplicación en este negocio. Verdad es que no todos los hechos en que se funda la solicitud aparecen debidamente demostrados, pero es tal su conexión con los que originaron el cambio de radicación del proceso seguido contra Alfredo Parra, Pablo Núñez y Argilio Montealegre, que su verosimilitud es manifiesta. No otra fue, sin duda, la razón que tuviera el Ministerio de Justicia para abstenerse de nombrar al Visitador Especial cuyo envío le fue solicitado, limitándose —para averiguar los motivos del traslado— a inquirir el parecer de la Procuraduría General de la Nación, en vista de que este despacho había investigado, pocos días antes, en la ciudad de Ibagué, por medio de uno de sus Visitadores, el estado de cosas que determinó al señor Procurador a pedir el juzgamiento de Parra, Núñez y Montealegre en Distrito Judicial distinto. Por oficio número 605 de 7 de septiembre en curso, la Procuraduría dijo así, en lo pertinente:

"Esta Procuraduría por medio de uno de sus Visitadores ha venido interviniendo en el proceso que en la actualidad cursa en el Juzgado 1º Superior de Ibagué contra Pablo Núñez y Alfredo Parra, empleados del H. Tribunal de Ibagué y contra Argilio Montalegre, Secretario del Juzgado 2º Superior de la misma ciudad, por el delito de concusión en el que se preparaba como presunta víctima a **Edmundo Peralta Bretón,** quien informó sobre las maniobras de los empleados al Fiscal del Juzgado 2º Superior y éste a su vez a la Procuraduría General y al Presidente del H. Tribunal Superior de Ibagué, funcionario que formuló la denuncia correspondiente.

"La Procuraduría, en vista de que por parte de los funcionarios y empleados del Distrito Judicial de Ibagué no se garantizaba una imparcial administración de justicia, solicitó del Gobierno Nacional el cambio de radicación, solicitud que con concepto favorable de la H. Corte Suprema de Justicia se encuentra favorablemente resuelta y a la firma hoy del Excelentísimo señor Presidente de la República.

"El Visitador de la Procuraduría comisionado pudo advertir marcada animadversión hacia Edmundo Peralta Bretón por parte de los empleados subalternos de la Rama Jurisdiccional de Ibagué.

"Hoy esta Procuraduría ha tenido información de que el Juzgado Primero Superior de Ibagué revocó el auto de detención vigente contra los sindicados y que éstos serán restablecidos en sus anteriores cargos.

"Comoquiera que en ese Ministerio se encuentran los antecedentes del caso, en ellos usted podrá encontrar una mayor información para la solicitud de Peralta Bretón en la cual militan las mismas razones que entonces tuviera la Procuraduría para solicitar el cambio de radicación del proceso por concusión".

Ya el señor Fiscal del Juzgado 2º Superior de Ibagué había hecho constar, con fecha 2 de agosto próximo pasado, que por denuncia de Peralta Bretón su despacho instruyó las diligencias en que se produjo la detención de varios empleados subalternos del Tribunal de Ibagué y del Secretario del Juzgado 2º Superior del mismo Distrito; que, en su opinión, "debe atenderse la solicitud del señor Peralta sobre cambio de radicación del proceso, para bien de la justicia y evitar que se tomen represalias", y que "es cierto que la mayoría de los empleados del poder judicial, por solidaridad u otra razón no han mirado bien la detención de los empleados y menos a las personas que tuvimos el valor de intervenir en esa investigación para honor de la justicia".

Tanto el oficio del señor Procurador como la constancia del señor Fiscal del Juzgado 2º Superior de Ibagué, de que se ha hecho mención, obran en autos —el uno en copia debidamente autenticada y original la otra— y ambos documentos, al tenor de lo estatuído en el artículo 251 del Estatuto Procesal, son plena prueba de los hechos allí testimoniados, que ya la Sala estimó como reveladores de una deplorable descomposición moral, incompatible con la recta administración de justicia, al expresarse en los siguientes términos sobre el traslado a otro Distri-

to Judicial del varias veces mencionado proceso contra Parra, Núñez y Montealegre.

"...el hecho gravísimo invocado por el señor Procurador, de que en Ibagué —donde debe juzgarse a los sindicados— se ha constituído una especie de 'tipo gremial por parte de algunos Jueces y la casi totalidad de empleados de la Rama Jurisdiccional', grupo que lo integran también 'algunos abogados', con el fin 'de amparar por cualquier medio' a los presuntos responsables, hasta el extremo de haber intentado, primero, coaccionar al Juez investigador para que revocara el auto de detención, y luégo para que se separara de la instrucción sumaria, está indicando, con demasiada elocuencia, que en dicha ciudad hay un ambiente impropicio para que la justicia se administre correctamente en el mencionado proceso contra Núñez y otros. Y, en tal virtud, es necesario sacar de allí el negocio, a fin de defender las garantías del juzgamiento y el interés social; evitar toda influencia perturbadora sobre los Jueces que pueda menoscabar su libre y soberana decisión; y dar por último, confianza a la ciudadanía, acerca de la imparcialidad del juzgador".

En el oficio número 541 de 9 de agosto del año en curso, visible también en copia certificada a folios 31 a 35 de estas diligencias —por el cual la Procuraduría General de la Nación pidió el cambio de radicación del proceso adelantado contra el Secretario del Juzgado 2º Superior de Ibagué y varios empleados del Tribunal del mismo Distrito— se insertaron algunos apartes del informe rendido a ese despacho por el Visitador designado para vigilar la marcha de la investigación correspondiente. Allí se habla de la "campaña de difamación" desatada "por parte de algunos Jueces y la casi totalidad de empleados de la Rama Jurisdiccional de Ibagué, por el solo motivo de haber adelantado con arreglo a la ley la instrucción del proceso", contra el Juez 1º Penal del Circuito y el Fiscal del Juzgado 2º Superior de la misma ciudad, el primero de los cuales, "agobiado por el peso de tanta injusticia", presentó renuncia del cargo, que el Presidente del Tribunal no le aceptó; y se acredita "el funcionamiento de una maquinaria poco menos que perfecta para el cohecho y la concusión a espaldas de los probos funcionarios titulares de los Juzgados y Magistrados del H. Tribunal del Distrito".

Si tan penosas circunstancias rodearon la investigación relacionada con el delito de concusión en referencia, ya pueden suponerse las que podrían entorpecer el juzgamiento del individuo que denunció ese hecho y ve que los presuntos responsables, revocado el auto de detención que se había dictado contra ellos, nuevamente se ponen en contacto con un medio viciado en que demostraron su influencia, y se reincorporan a sus cargos en la Rama Judicial, según la información que el señor Procurador dice haber recibido al respecto.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema —Sala Penal— conceptúa que es el caso de radicar en otro Distrito Judicial el proceso que, en el Juzgado 2º Superior de Ibagué, se adelanta a Edmundo Peralta Bretón por estafa, abuso de confianza y otras defraudaciones.

Cópiese y devuélvanse las diligencias al Ministerio de Justicia.

Ricardo Jordán Jiménez — Jesús Estrada Monsalve — Domingo Sarasty Montenegro — Luis Zafra — Julio E. Argüello R., Secretario.

LA SOBERANIA DE LOS JURADOS DE CONCIENCIA

Los jurados no aplican en sus veredictos las reglas imperantes de la crítica jurídica, ni su convencimiento puede ser objeto de explicación. La certeza de ellos es moral y no está sujeta a tarifa probatoria; y aunque el veredicto comprende "un hecho jurídico", o sea, la calificación del acto criminoso, base de la responsabilidad, no se le exige a quien lo emite que exprese en qué apoya su dictamen. Una es la certeza legal y otra la certeza moral. Aquélla le incumbe al Juez de derecho, que tiene que atender a las reglas sobre crítica del testimonio; ésta, como fruto de la convicción íntima, está eximida de toda dependencia cualitativa o cuantitativa en materia de probanzas, que el Tribunal del Pueblo aprecia libremente y sin sujeción a ningún método especial.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veinte de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Pereira interpuso recurso de casación contra la sentencia de dicha entidad, fechada el 20 de abril de este año, en la cual se aprobó la absolutoria de primera instancia pronunciada el 23 de noviembre de 1954, en el proceso adelantado con el fin de esclarecer el delito de homicidio que se le imputó a Heriberto Bocanegra, cuya responsabilidad negó el Juri, en la audiencia pública del 19 de agosto del año citado, al dar respuesta a esta pregunta formulada por el Juez de la causa (Segundo Superior del Distrito Judicial de Pereira):

"¿El procesado Heriberto Bocanegra M., de la naturaleza y demás condiciones civiles anotadas en el auto de proceder, es responsable sí o nó de haber dado muerte voluntaria e intencionalmente, en riña suscitada de modo imprevisto, al ciudadano Alcides Ballesteros por medio de heridas ocasionadas con arma cortante y punzante (cuchillo), hecho que tuvo su cumplimiento en lugar próximo a la zona de tolerancia del Corregimiento de Barcelona, jurisdicción del Municipio de Calarcá el día veintidós de marzo de mil novecientos cincuenta y dos, a las ocho de la noche más o menos, habiéndose producido la muerte de éste pocas horas después en el hospital de la ciudad de Calarcá?"

La explicación de esa negativa quedó consignada en estos precisos términos: "...por haber obrado en legítima defensa".

Una vez que se admite un recurso de esta clase, corresponde presentar el escrito, llamado demanda porque, en rigor, es una petición que exige, en su forma y en su contenido, determinados requisitos que permitan saber qué parte del fallo se impugna, por cuáles concretos motivos se le acusa, qué disposiciones sustantivas o de procedimiento se han violado, qué trámite se ha pretermitido, qué causales se invocan para que la acción sea conducente y cuáles los fundamentos de derecho en que se basa la crítica. Porque en realidad, con esta acción se traba una litis —así sea somera y breve— contra un fallo de segunda instancia, que es el resultado de un juicio probatorio en el que se ha dado oportunidad a las partes que en él intervienen para que expongan ampliamente sus razones y demuestren la bondad de sus respectivas tesis jurídicas, quedando así garantizados los intereses sociales y los del delincuente, representados, en su orden, por el Ministerio Público y por un defensor experto en las ciencias penales.

En este caso el recurrente no ajustó su solicitud, que es de "revocatoria" del fallo que se objeta, a las exigencias legales resumidas en el párrafo anterior. Y así ha tenido que reconocerlo el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, no obstante compartir la afirmación de su inferior jerárquico en cuanto a la inconformidad con el veredicto. En efecto, dice así el señor Procurador:

"Examinando, a la luz de lo anteriormente dicho, la demanda del señor Fiscal del H. Tribunal de Pereira se encuentra que dicho escrito con-

tiene un resumen de los hechos, especialmente en el punto primero, y una petición o solicitud al final, es decir, la **revocación** del fallo acusador, pero sin expresar lo que se debería declarar en lugar de dicho proveído en orden a lo establecido en el artículo 570 del Código de Procedimiento Penal.

"Los numerales segundo y tercero contienen los puntos de vista tanto jurídicos como de hecho que pudieran estimarse, con un criterio de benignidad y de amplitud, como los fundamentos de la demanda, aunque no de la causal o causales invocadas, pues en todo el curso de ese escrito no se nombra ninguna de ellas, es decir, no se expresan, como tampoco se citan o puntualizan las normas legales que se estiman como violadas por el Tribunal.

"Es decir, que la demanda relacionada es más un alegato de instancia, que el escrito técnico que requiere el exigente cuanto importante recurso extraordinario de casación.

"En estas condiciones la Procuraduría se abstiene de ejercer su potestativa facultad de **ampliar** la llamada demanda de casación del señor Fiscal lel H. Tribunal Superior de Pereira".

Como acaba de verse, el mismo Procurador, a pesar del eufemismo empleado para no tener que designar categóricamente por su nombre el escrito que para sustentar el recurso presentó el señor Fiscal, ha terminado por calificarlo de alegato de instancia.

Plausible es el interés que en representación del Ministerio Público demuestra el recurrente por llenar a cabalidad sus delicadas funciones; y para la justicia resulta alentador que quienes con ella colaboran den pruebas del celo que los anima para que se administre cumplidamente. Sólo que no todas las imperfecciones de un proceso pueden remediarse con el recurso extraordinario de que ahora se trata. Así, por ejemplo, el punto de vista del señor Fiscal, como opuesto que es a la determinación del Jurado, tenía un campo de acción para hacerlo valer, como en efecto lo hizo cuando le solicitó al Tribunal que confirmara el auto de 31 de agosto de 1954, en el que el señor Juez del conocimiento declaró contrario a la evidencia de los hechos el veredicto. No conseguido ese propósito, porque el juzgador de segunda instancia (auto de 28 de octubre del mismo año) consideró que los jueces de conciencia no habían negado el hecho —lo que sí hubiera resultado contra la evidencia conocida—, sino que decidieron sobre la responsabilidad, que es su misión primordial.

Hubo, pues, que devolver el proceso para que se profiriera el fallo correspondiente; y ya en presencia de esta situación creada el señor Fiscal pidió que se confirmara, diciendo: "Como sería inútil pedir revocatoria de la sentencia absolutoria dictada en favor del procesado, es por lo que concluímos que debe confirmarse el fallo que es objeto de consulta, pero en la conciencia del suscrito queda en firme la certeza de que Heriberto Bocanegra M. es responsable".

Trasladado el asunto a la Corte, bien claro se ve que se ha planteado un problema en que aparecen dos convicciones opuestas: la del Jurado, que estimó que Heriberto Bocanegra había procedido en legítima defensa, y la del señor Fiscal quien, por su parte, cree que esta situación jurídica, que examina con su personal criterio, no corresponde, ni ante la realidad de los hechos, ni en frente del derecho, a la justificación contemplada en el ordinal 2º del artículo 25 del Código Penal.

Ocurre sin embargo, que los Jurados no aplican en sus veredictos las reglas imperantes en la crítica jurídica, ni su convencimiento puede ser objeto de explicación. La certeza de ellos es moral y no está sujeta a tarifa probatoria; y aunque el veredicto comprende "un hecho jurídico", o sea, la calificación del acto criminoso, base de la responsabilidad, no se le exige a quien lo emite que exprese en qué apoya su dictamen. Una es la certeza legal y otra la certeza moral. Aquélla le incumbe al Juez de derecho, que tiene que atender a las reglas sobre crítica del testimonio; ésta, como fruto de la convicción íntima, está eximida de toda dependencia cualitativa o cuantitativa en materia de probanzas, que el Tribunal del pueblo aprecia libremente y sin sujeción a ningún método especial. En eso precisamente estriba la llamada soberanía del Jurado, aunque buena prueba de la poca confianza que inspiran los veredictos de los Jueces de conciencia son los artículos 537 y 554 del C. de P. P., que autorizan desconocer sus decisiones cuando aparecen en pugna con la realidad, es decir, con lo demostrado material y objetivamente.

Pero esto sólo puede hacerse en las instancias, no en casación, en donde para combatir por tal concepto el fallo habría que acudir a la causal segunda del artículo 567 del C. de P. P., inoperante en este recurso, según lo ha dicho reiteradamente la Corte, porque ello equivaldría a un nuevo debate sobre una cuestión de hecho resuelta ya por el Jurado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de

Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara DESIERTO el recurso interpuesto por el representante del Ministerio Público en la segunda instancia y no ampliado ni autorizado por el señor Procurador Segundo Delegado, contra la sentencia de 20 de abril de 1955, del Tribunal Superior de Pereira, en la cual se absolvió a Heriberto Bocanegra del delito de homicidio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Ricardo Jordán Jiménez — Jesús Estrada Monsalve — Domingo Sarasty Montenegro — Luis Zafra — Julio E. Argüello R., Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD — DEMORAS

En los delitos de abuso de autoridad —omisión por demoras— el ilícito no se estructura por la simple demostración del elemento objetivo o material con prescindencia del factor subjetivo o moral; es necesario e indispensable la concurrencia de ambos factores para que se tipifique el hecho como una verdadera infracción de la ley penal. La presencia de uno de ellos —factor objetivo— y la ausencia de otro —factor moral— implican la inexistencia del delito por desintegración del mismo; es la reunión o conjunto de estos elementos lo que estructura el hecho como delito.

En el delito de abuso de autoridad por demoras, éstas, en la mayoría de los casos, no dependen de un hecho voluntario o intencional del funcionario que administra justicia; generalmente, es la concurrencia de factores extraños a su voluntad, la que impide que las providencias se dicten en los términos indicados por la ley. La presencia de un obstáculo material o de un imposible físico, proveniente del recargo de trabajo, volumen de negocios, tiempo para dictar una providencia de fondo, o enfermedad debidamente justificada, son motivos razonables que impiden que los negocios se tramiten con la prontitud requerida y dentro de los plazos señalados por la ley.

Las demoras provenientes de falta de actividad, descuido, omisión o negligencia en el desempeño de una función o en el ejercicio de un cargo, tienen que revestir el carácter de culpables o dolosas para poder configurar el elemento intencional; en otros términos, es la demostración del factor intencional o culposo en los actos del funcionario, y la comprobación de las demoras en las actuaciones judiciales, lo que caracteriza el delito; la ausencia de uno de estos elementos quita al hecho el carácter de infracción de la ley penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre veinte de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

El veintisiete de julio de mil novecientos cincuenta y dos, ante el Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, Enrique Rochels presentó denuncia contra el doctor **Pablo Arias Rubio** —en ese entonces— Juez Segundo Superior de Cúcuta.

Antecedentes

Los hechos por los cuales se denuncia al doctor Arias Rubio son por demoras ocasionadas en la tramitación de algunos procesos, demoras causadas en la decisión de los recursos que interponía el denunciante, o en la fijación de audiencias públicas en los procesos en que intervenía el doctor Rochels, o en fin, negando "la aceptación como apoderado de los que quería que yo llevara su personería en los procesos respectivos".

Como casos concretos enumera los siguientes: Proceso contra Arcadio y Constantino Ballesteros, por homicidio. Sin razón atendible "demoró la fijación de fecha para la audiencia, pero cuando los procesados revocaron el poder conferido al denunciante en favor de Celedón Vanegas, el Juez fijó fecha para la audiencia con la prontitud que convenía a los intereses del nuevo apoderado". Proceso contra Arias Rubio, en el cual —dice el denunciante— se observaron las mismas anomalías que en el anterior. Proceso contra Jesús Manuel Sánchez, por homicidio contra Abad Meneses; solicitó en varias ocasiones se fijara fecha para la audiencia, pero no fue atendido. Proceso contra Antonio Romero, sindicado por homicidio; no hubo actuación alguna hasta que le revocaron el poder. Proceso contra Pedro Torres Ortega; en éste acusa al Juez de haber permanecido con los miembros del Jurado "todo el tiempo que éstos demoraron en el local destinado a este efecto". Proceso contra Angel y Manuel María Vergel, sindicados por homicidio, en el cual se acusa de haber demorado calificar el mérito del sumario de uno a dos meses, habien-

do dictado otras providencias en negocios diferentes con prescindencia de éste en que tenía interés el denunciante. Y, por último, proceso contra José de la Cruz Hernández, por el delito de homicidio, en el cual se negó el Juzgado a reconocerlo como apoderado del sindicado.

Actuación

Para demostrar las demoras ocurridas en los procesos a que hace referencia el denunciante, se ordenó la práctica de varias diligencias de inspección ocular y en ellas se constata —como luégo se verá— la inconsistencia de los cargos formulados al doctor Pablo Arias Rubio, y en cuanto a la negativa para reconocer al doctor Enrique Rochels como apoderado de José de la Cruz Hernández, el Juez acusado manifiesta que, como el negocio se había calificado por auto de sobreseimiento definitivo, y que habiéndose ordenado la consulta de dicha providencia, el Juez había perdido jurisdicción para actuar en dicho negocio.

Para concretar los cargos que el denunciante formula al acusado, en la causa contra Pedro Torres Ortega, en el sentido de que el Juez estuvo reunido con los miembros del Jurado y que posiblemente pudo sugerirles alguna respuesta o dado consejo sobre la manera de contestar el veredicto, se recibieron declaraciones a las personas que intervinieron en dicho proceso en calidad de miembros del Jurado.

Se allegó un cuadro estadístico sobre movimiento de negocios llevados en el Juzgado, y se recibió declaración indagatoria al doctor Arias Rubio.

En cuanto a la calidad de funcionario público que —en ese entonces— tenía el sindicado, se prueba con el Decreto de nombramiento y la correspondiente acta de posesión.

Sobreseimiento definitivo

El Tribunal, en detenido estudio del proceso, analiza pormenorizadamente cada uno de los cargos, ora por el aspecto de los hechos y pruebas destinadas a comprobarlos, ya también por el aspecto jurídico de cada uno de ellos, para concluir con el auto de sobreseimiento definitivo materia de la presente consulta.

Concepto del Procurador

En la Vista Fiscal, el colaborador de esta Entidad, estudió por separado cada uno de los hechos imputados al doctor Pablo Arias Rubio, y mediante análisis de confrontación de los cargos, con las diligencias de inspección ocular practicadas en dichos negocios, llega a las mismas conclusiones adoptadas por el Tribunal: inexistencia de los delitos imputados al acusado, bien por no aparecer las demoras, bien por no estar configurados los elementos del delito en su aspecto subjetivo, motivos éstos en los cuales, fundamenta la petición de que se confirme el auto consultado.

Examen de los cargos

El treinta de julio de mil novecientos cincuenta y dos, se practicó la diligencia de inspección ocular en los procesos seguidos contra Jesús Manuel Sánchez, Angel María Vergel, Juan Umaña Martínez y Pedro Picón. Los peritos examinaron la actuación cumplida en dichos procesos y expresaron:

"La detallada relación cronológica de la actuación por parte del Juzgado en los negocios mencionados está significando por sí sola que antes que demoras o negligencias en el diligenciamiento de tales negocios se observa una relativa rapidez dentro del gran cúmulo de trabajo que tiene el Juzgado, circunstancia ésta reconocida por el propio doctor Rochels en uno de sus memoriales a que antes se ha hecho referencia".

El dos de septiembre de mil novecientos cincuenta y dos, se practicó la diligencia de inspección ocular en las causas de Clodomiro Sánchez Carrascal, por homicidio; José de la Cruz Hernández, por homicidio; Aniano Romero y David Romero, por homicidio. En la primera, observan los peritos que no hubo actuación "en el lapso comprendido del diez de diciembre de mil novecientos cincuenta y uno al doce de marzo de mil novecientos cincuenta y dos en que estuvo actuando como defensor el doctor Rochels". Y posteriormente expresan:

"En la actuación de estos asuntos se siguieron los términos y trámites señalados por la ley y no hubo más demora que la anotada en el primero de los expedientes".

El ocho de octubre de mil novecientos cincuenta y dos, se practicó la diligencia de inspección ocular en la causa seguida contra José To-

rres Ortega por homicidio cometido en la persona de José Montagut. Después de examinar detenidamente la actuación, los peritos concluyen:

"De la revisión que hemos hecho, no solamente se concluye que en este expediente no ha habido demoras, sino que se tramitó con la mayor diligencia posible".

Como en este negocio sugiere el denunciante que el doctor Arias Rubio aconsejó a los miembros del Jurado la forma como debían emitir su veredicto, se llamó a declarar a las personas que integraron el Tribunal de Conciencia, quienes dicen:

"El señor Juez entró a donde nosotros estábamos reunidos porque lo llamamos nosotros a formularle una pregunta sobre cierta duda que existía en el sumario; la entrevista fue cuestión de nada; nosotros poco más o menos, le hicimos esta pregunta al señor Juez, que ellos querían decir que sí era responsable pero en estado de embriaguez, que si eso lo aceptaba el Juzgado; entonces el Sr. Juez nos respondió que esa respuesta debía ser de acuerdo con la conciencia de cada uno de los jurados, manifestó que él no daba ningún concepto". (Declaración de Vicente Rivera). En este mismo sentido declaran los señores Alfonso Santos Rey (fl. 23) y Pedro Durán (fls. 25), quienes intervinieron como miembros del Jurado.

El doce de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro, se practicó la diligencia de inspección ocular en el negocio adelantado contra Arcadio, Cupertino y José del Carmen Ballesteros, negocio en el cual fue sustituído el doctor Rochels en el cargo de defensor por el doctor Celedón Vanegas. El denunciante afirma que el Juzgado omitió fijar día para la audiencia, y que sólo cuando se hizo la sustitución el Juez fijó fecha para la audiencia "con la prontitud que convenía a los interses del nuevo apoderado".

Los peritos afirman: "que entre la fecha de posesión del doctor Enrique Rochels el diez y ocho de octubre de mil novecientos cincuenta y uno y la de nombramiento del doctor Vanegas como apoderado, no aparece ninguna actuación del defensor"; que el Juzgado había fijado turnos para el despacho de los negocios y que entre éstos aparecen los de febrero, abril, junio, julio y agosto en negocios en que actúa el denunciante en calidad de apoderado o defensor.

Arcadio y Cupertino Ballesteros, al ser preguntados sobre los motivos de cambio de defensor, dicen:

Que los tuvieron en la ciudad de Ocaña por estar sindicados de la comisión de un delito de homicidio, que le confirieron poder a Rochels para que los defendiera; que posteriormente el Juzgado fue trasladado a Cúcuta y que "el doctor Rochels se quedó en Ocaña y como nosotros estábamos presos en Cúcuta y nada hacía por nuestra defensa para obtener la libertad, transcurridos algunos meses y sin que dicho abogado fuera a Cúcuta resolvimos conferirle poder al doctor Celedón Vanegas, revocando el conferido al mencionado doctor Enrique Rochels. Estos fueron los motivos que me obligaron a proceder en la forma que dejo explicada". (Declaración de Arcadio Ballesteros, fl. 39). En idéntica forma se expresa Cupertino Ballesteros (fls. 39 vto.).

Se considera:

En los delitos de abuso de autoridad —omisión por demoras— el ilícito no se estructura por la simple demostración del elemento objetivo o material con prescindencia del factor subjetivo o moral; es necesario e indispensable la concurrencia de ambos factores para que se tipifique el hecho como una verdadera infracción de la ley penal. La presencia de uno de ellos —factor objetivo— y la ausencia de otro —factor moral— implican la inexistencia del delito por desintegración del mismo; es la reunión o conjunto de estos elementos lo que estructura el hecho como delito.

En el delito de abuso de autoridad por demoras, éstas, en la mayoría de los casos, no dependen de un hecho voluntario o intencional del funcionario que administra justicia; generalmente, es la concurrencia de factores extraños a su voluntad, la que impide que las providencias se dicten en los términos indicados por la ley. La presencia de un obstáculo material o de un imposible físico, proveniente del recargo de trabajo, volumen de negocios, tiempo para dictar una providencia de fondo, o enfermedad debidamente justificada, son motivos razonables que impiden que los negocios se tramiten con la prontitud requerida y dentro de los plazos señalados por la ley.

Las demoras provenientes de falta de actividad, descuido, omisión o negligencia en el desempeño de una función o en el ejercicio de un cargo, tienen que revestir el carácter de culpables o dolosas para poder configurar el elemento intencional; en otros términos, es la demostración del factor intencional o culposo en los actos del funcionario, y la comprobación de las demoras en las actuaciones judiciales, lo que caracteriza el delito; la ausencia de uno de estos

elementos quita al hecho el carácter de infrac ción de la ley penal.

"Dada la actual organización de la Rama Jurisdiccional y especialmente la división del trabajo en las oficinas encargadas de administrar justicia —ha dicho la Corte— los Jueces no alcanzan, aún con la mayor diligencia, a mantener sus despachos al orden del día. Y en tales condiciones, el Legislador no puede obligar al heroísmo a los Jueces y empleados, hasta el punto de someterlos a producir más de lo que sus humanas capacidades puedan dar. En estos casos hay que aplicar el sabio principio universal: **impossibilium nulla obligatio est**".

En el caso **sub-judice,** con las diligencias de inspección ocular se ha demostrado "que antes que demoras o negligencias en el diligenciamiento de tales negocios, se observa una relativa rapidez dentro del gran cúmulo de trabajo que tiene el Juzgado", que la demora en algunos negocios se debió a inactividad del defensor doctor Enrique Rochels (concepto 12 de julio de 1954), o ausencia del defensor para intervenir en las audiencias, circunstancias que por sí solas descartan la responsabilidad del funcionario acusado. Que la intervención del doctor Arias en la deliberación de los miembros del Jurado en el negocio de José Torres Ortega, no fue para sugerir una respuesta, sino para absolver la consulta que éstos le hacían para redactar el veredicto, a lo cual se negó, según consta de las declaraciones rendidas por las personas que integraron el Jurado, y que el cambio de defensor o apoderado en la causa contra los Ballesteros no obedeció a ningún acto del Juez acusado, sino a falta de actuación o abandono del negocio por parte del doctor Rochels como lo dicen Arcadio y Cupertino Ballesteros en sus respectivas declaraciones.

En estas condiciones la conducta del Juez Arias Rubio se ciñe a las normas legales, y sus actos no pueden reputarse como violatorios de la ley penal.

En cuanto a la negativa del Juzgado para reconocer al doctor Enrique Rochels como apoderado de José de la Cruz Hernández, dice el Tribunal que "la actitud del señor Juez al negarse a aceptar el poder que presentara el abogado Rochels, **después de llenar todas** las formalidades legales, fue un acto arbitrario" y que ello implica "sin lugar a duda una violación de la ley" y que "la Sala considera que el Juez Arias Rubio se ha hecho acreedor a una sanción disciplinaria, por violación de disposiciones contenidas en el Decreto 3665 de 1950, inciso 3º". (Subraya la Sala).

El poder no reúne todas las formalidades legales de que habla el Tribunal; se omitió cumplir con los requisitos de que tratan los artículos 223, 256 y 257 del Código Judicial en cuanto a presentación personal de quien lo confería; el Juzgado —como dice la Procuraduría— omitió hacer la afirmación de que el poder no estaba legalmente presentado y en tal forma rechazarlo. "Mas no lo hizo así, sino que ordenó la aceptación del apoderado de cuyo nombramiento no había aún certeza oficial".

"Pero de ello no se sigue que hubiese incurrido en el delito de abuso de autoridad, porque ni aún el funcionario más competente está exento de incurrir en errores o equivocaciones al darle aplicación a la ley, y precisamente por ello el Legislador ha establecido los recursos.

"Sólo cuando estos errores o equivocaciones son inspirados por la mala fe del funcionario, caen bajo los rigores de la ley penal; y como en el caso de autos no se ha podido establecer este elemento esencial del dolo, tampoco se le puede imputar al acusado el delito de abuso de autoridad".

En el fallo se sostiene la inexistencia del hecho como infracción de la ley penal, ya que "no se configuró, pues, el delito de abuso de autoridad ni existió el propósito deliberado de causar perjuicio al abogado Rochels". Si las razones anteriores son evidentes, es lógica la conclusión del Tribunal al dictar la providencia que hoy es motivo de revisión y debe confirmarse, con la observación de que este hecho —en concepto de la Sala— no está estructurado como delito ni en su elemento objetivo o material, ni en el subjetivo o intencional. Si el poder no reúne los requisitos legales de presentación personal, la actuación del Juez al rechazarlo por distintos motivos, no implica la comisión de un delito, si por otra parte, no hay dolo en la ejecución del acto.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procura-

dor Primero Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, CONFIRMA la providencia de fecha veinticuatro de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, por la cual se sobresee definitivamente en favor del doctor Pablo Arias Rubio, por los cargos materia de esta investigación.

Notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez — **Jesús Estrada Monsalve** — **Domingo Sarasty Montenegro** — **Luis Zafra**—**Julio E. Argüello**, Secretario.

LA EMBRIAGUEZ ANTE LA LEY. — LA IMPREVISION O LA TEMERIDAD EN LA CULPA

1.—Las legislaciones en —términos generales— han concebido a la delincuencia de los ebrios un efecto penal apenas atenuante, cuando a ese estado llegó el infractor sin otro propósito, es decir, que no acudió al alcohol como estipulante para perpetrar el delito. Y auncuando algunos tratadistas se han opuesto a que se valore como circunstancia de menor peligrosidad la embriaguez voluntaria de quien delinque bajo su influjo (Ferri la llama escandalosa), es lo cierto que en la mayoría de los códigos penales figura con esa calidad. Así aparece en el vigente estatuto punitivo colombiano (ordinal 5º del artículo 38).

A esa conducta, que constituye un verdadero estado antisocial, no se le ha dado, pues, alcance de eximente de la responsabilidad, ni las reacciones típicas de los ebrios sirven de excusa, porque para que puedan ellos substraerse a las sanciones comunes y sean sujetos a medidas de seguridad, es menester probar que cuando el acto delictuoso se realizó se hallaban en un grado de intoxicación crónica, al tenor de lo dispuesto en el artículo 29 del Código Penal, que prevee situaciones patológicas permanentes, las cuales no pueden confundirse con la inconsciencia o relajación de los frenos psíquicos que generalmente produce la ebriedad aguda, la que si llega a perturbar la mente es sólo en forma transitoria.

2.—Cuando en el veredicto aparece explicado el acto por la simple embriaguez en que se encontraba el delincuente, esa explicación, resulta completamente vana ante la ley, y es como si no se hubiera escrito.

3.—No hay acto culposo en que no intervenga la imprevisión o la temeridad, que es lo mismo que confianza imprudente. Y es por ésto por lo que la fórmula del artículo 12 del Código Penal —que no implica una definición— es muy aceptable, si acaso no puede calificarse de perfecta. Allí se dice que hay culpa cuando el agente no PREVIO los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o cuando a pesar de haberlos previsto, CONFIO IMPRUDENTEMENTE en poder evitarlos.

Así, en los casos que a manera de ejemplos se citan a continuación, es posible apreciar la presencia de aquellos factores: arrojar a una calle muy transitada una piedra u otro objeto capaz de causar daño; guiar un automóvil hallándose ebrio el conductor; maniobrar con una arma mortífera sin ningún cuidado. Entonces, si de cada uno de esos actos resulta un daño, porque la piedra golpeó a un transeunte, el automóvil atropelló a un peatón y el arma que estaba cargada disparó e hirió a un circunstante, los autores responderían por lesiones u homicidio, según el caso, porque en la primera hipótesis se dejó de preveer algo pue era muy previsible (gente en la calle); en la segunda se corrió un riesgo (temeridad) confiando en evitarlo, además de que se infrigió el Reglamento que prohibe a los beodos el manejo de vehículos; y en la tercera, hubo imprudencia al no observar si el arma estaba en condiciones de hacer fuego.

Es bien notorio que en estas ocurrencias los protagonistas no sólo no desearon producir los resultados que se han imaginado, sino que creyeron que sus acciones no iban a causar detrimento a nadie, o que dándose cuenta de lo atrevidas de éllas confiaron en su buena estrella y en que no darían lugar a perjudiciales efectos. La imprevisión y la osadía fueron factores predominantes que los llevaron al delito.

4.—Negar, por parte del Jurado, el propósito de dar muerte, no implica necesariamente la absolución.

5.—Si la determinación de la responsabilidad es función privativa del Jurado, la misión del Juez de derecho consiste en interpretar el veredicto para encauzarlo dentro de las disposiciones de la Ley Penal. Y para que haya desacuerdo entre la sentencia que interpretó el querer del Jurado acomodando su decisión al precepto legal co-

rrespondiente, y el veredicto emitido, se requiere que, la disconformidad sea clara apreciable, manifiesta, es decir, que el fallo se oponga abiertamente al preciso pensamiento de los Jueces de conciencia concretado en una fórmula que no se preste a ninguna ambigüedad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintidós de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Ricardo Jordán Jiménez)

VISTOS:

El doctor Domingo Vélez García ha sido el encargado de sustentar ante la Sala Penal de la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Joaquín Emilio Padierna Urrego contra la sentencia de 15 de marzo de 1955, del Tribunal Superior de Medellín, que lo condenó, como responsable de lesiones que le ocasionaron la muerte a Enrique Duque, a la sanción principal de cinco años y cuatro meses de presidio, confirmando en esa forma la del Juez del conocimiento (Primero Superior de ese Distrito Judicial), pronunciada el 20 de agosto de 1954.

Este fallo fue dictado en desarrollo del veredicto de los Jueces Populares, quienes en la audiencia pública del 13 de agosto del año que se acaba de citar, aceptaron la responsabilidad del enjuiciado, pero negaron el propósito homicida "por encontrarse en estado de embriaguez".

Para mayor claridad, conviene copiar textualmente la pregunta que el Juez de la causa sometió a la consideración de los miembros del Jurado y la respuesta a élla recaída. Una y otra, en su orden, dicen así:

"El acusado Joaquín Emilio Padierna Urrego es responsable de haber herido, con arma cortante y de peso (peinilla), y con propósito de matar, a Enrique Duque, a consecuencia de lo cual murió éste poco después. Hechos ocurridos en jurisdicción del Municipio de Frontino, el 30 de agosto, en las horas de la tarde".

"Sí, pero sin propósito de matar, por encontrarse en estado de embriaguez".

La cuestión propuesta al Tribunal popular es una síntesis del cargo formulado en el auto de proceder del 30 de marzo de 1954, que puso término a la investigación del hecho, poco complicada de suyo, según la cual Joaquín Emilio y José de los Santos Padierna —hermanos entre sí—, luego de haber estado ingiriendo licor en abundancia en el mercado de Frontino y ya de regreso a sus viviendas recogieron sus instrumentos de trabajo (peinillas o machetes) que habían dejado en casa de María Sepúlveda, a donde también llegó poco después y con el mismo fin Enrique Duque, conocido o amigo de los Padiernas, a quien Joaquín Emilio atacó de improviso, hiriéndolo mortalmente, sin motivo bien definido, ni aún para el mismo lesionado, que se limitó a increpar a su agresor en estos términos: "me matates sin hacete nada" (declaración de María Pérez, f. 67 v. a 68, cuad. 1º).

Si a raíz de este hecho Joaquín Emilio Padierna se dió cuenta del delito que acababa de cometer, según lo declara Julia Rosa Duque (f. 5), quien pone en boca del delincuente las palabras que van a escribirse, pronunciadas en tono arrogante: "vayan a recoger a Enrique Duque antes de que muera", es lo cierto que tres días más tarde, en la diligencia de indagatoria, manifestó no acordarse de nada, asumiendo la actitud de quien padece una amnesia completa, tal como 5 años antes le había ocurrido cuando, el 7 de marzo de 1948, lesionó —también en estado de embriaguez y con peinilla— a Simeón Ruiz, delito por el cual fue condenado en primera y segunda instancia a 9 meses de prisión, de acuerdo con sentencia de 10 de diciembre de 1949 del Juez Penal del Circuito de Frontino, confirmada el 2 de agosto de 1950 por el Tribunal Superior de Medellín (fs. 97 a 100, cuad. 1º).

La anterior versión comprende, aunque en forma resumida, los datos más sobresalientes del sumario que precedió al juicio penal, con el solo reparo de que en el auto que lo calificó se omitió decidir de la situación ante la Ley de José de los Santos Padierna, quien también fue interrogado en indagatoria por el mismo hecho atribuído a su hermano Joaquín Emilio (f. 19 a 20, cuad. 1º).

Arguments de la demanda

En un escrito que revela estudio y preocupación por desentrañar el problema jurídico que aborda, el abogado que sostiene el recurso invoca el segundo motivo de la causal tercera del art. 567 del C. de P. P., como única causa de su impugnación a la sentencia que refuta, o sea, por

el desacuerdo que él anota entre ella y el veredicto de que proviene.

Pero en planteamiento del tema que somete a la Sala y que desarrolla con amplitud y método que, por una parte, lo aclara y, por la otra, permite discutirlo con la sobriedad recomendable, no se reduce a enfrentar simplemente esas dos actuaciones del proceso, de las cuales el veredicto es la premisa y el fallo el corolario, para demostrar la discrepancia que alega. En el curso de su disertación se extiende un poco más allá del límite a que en rigor debía circunscribirse el aspecto fundamental del asunto, y toda una materia que bien podría calificarse de extraña. Aquí se está refiriendo la Sala a las ilustrativas consideraciones sobre los efectos de la embriaguez patológica, o sea, aquella que se presenta —según uno de los autores citados por el demandante—en los sujetos afectados de inferioridad psíquica, psicopatía, epilepsia, histeria, etc., cuestión que si de mucho interés científico, no es precisamente adecuada al caso, porque el mismo autor de la demanda la desecha cuando dice que "no hay absolutamente nada en el proceso y que obligue o exija el que Joaquín Emilio Padierna sea sometido a la ritualidad del art. 29". Nó, suspuntos de vista, los que lo han llevado a pedir como conclusión de su inconformidad con la sentencia el que su defendido sea absuelto, o, en subsidio, condenado "a la luz del artículo 370 del Código Penal colombiano", son muy otros y conciernen a buscarle a la determinación del Jurado un sentido que no contraríe los términos de la respuesta. Porque, según el parecer del demandante, al condenar a Joaquín Emilio Padierna en armonía con el precepto del artículo 365 del C. P., se parte de un supuesto y no de lo evidente, como si el Juri se hubiera pronunciado de manera franca y decidida por el homicidio preterintencional, cerrando de esa manera cualquiera otra vía de interpretación, más acorde con la justicia y con la realidad, que demanda colocar el caso acogiéndose a la fórmula favorable de la absolución o a la del homicidio culposo, porque si debido a la embriaguez del infractor se excluyó el propósito de matar, en buena lógica también quedó excluída la concreta intención de herir.

Así ha creído entender la Sala el meollo de la demanda. Mas como pudiera haberse omitido alguna razón apreciable o ser expuesta la tesis en forma deficiente, conviene valerse de las propias palabras del demandante y de su modo de expresión, para que así quede más fiel su pensamiento.

Dice el escrito en la parte de que se ha tratado:

"Surge entonces, en consideración a las tesis que se "han sostenido este dilema: es Joaquín Emilio Padierna Urrego sujeto de responsabilidad penal por la muerte de Enrique Duque, y en frente al veredicto escuchado, o por el contrario, obligatoriamente se le debe absolver para ser fieles al pensamiento de los jueces de conciencia Si lo primero, debemos para no traicionar las normas sustantivas y adjetivas, buscar en qué terrenos puede ser residenciado y a qué título de responsabilidad hay que identificarlo.

"La segunda parte del dilema presentado, la no responsabilidad del encausado, es elemento de lógica y de análisis claro, no solo en frente al veredicto que se estudia, sino en frente a la concepción pura del delito de homicidio. Quiero aprovecharme del caso de autos, para exponer a la H. Corte mi pensamiento con relación al problema que se presenta cuando el jurado al serle preguntado por la responsabilidad de un sujeto que causa una lesión con el propósito o intención de matar, se pronuncia afirmativamente pero negando al mismo tiempo la intención o propósito homicida. Esa respuesta afirmativa es con relación a qué? Lógicamente hay que aceptar que es únicamente un reconocimiento a la responsabilidad material al hecho de ser el sujeto autor o causa de la lesión que produjo el deceso de la víctima, lo cual destruye o descompone el delito de homicidio debido a que esta actuación material que es reconocida y aceptada por los jueces de conciencia no es ni esencia ni elemento perfecto e idóneo para configurar el homicidio simplemente voluntario, pues como bien lo sabe la H. Corte, de esta actuación material surge el caso fortuito y el homicidio culposo entre otros.

"Al negarse el dolo homicida, el animus necandi, el "hombre no puede ser responsable porque desaparece justamente la parte básica y esencial para la estructuración del delito, cual es la voluntariedad, o como lo reza el artículo 362 del C. P. "....el propósito de matar...." No me he podido explicar el por qué y el cómo se hace nacer el delito de homicidio ultraintencional de esta situación. Cosa diferente es cuando al juri se le interroga sobre la responsabilidad de quien lesiona con propósito simplemente de lesionar; ahí sí pudiera darse cabida al fenómeno o ente jurídico del homicidio ultraintencional, aunque éste ha sido o, más preciso, está siendo absorbido por las nuevas corrientes del derecho penal en Europa, alcanzando apenas nosotros a sentir el re-

flejo de estas nuevas posturas. El profesor de la Universidad de Palermo Giuseppe Maggiore, en su obra Derecho Penal, en el volumen primero, páginas 595 y ss., enseña el cambio o transformación que está sufriendo esta categoría del homicidio....."

"No hay absolutamente nada en el proceso y que obligue o exija el que Joaquín Emilio Padierna sea sometido a la ritualidad del artículo 29. Lógicamente tenemos que dirigirnos hacia uno de los dos campos de que habla el artículo 12, y sobre el cual he hecho el análisis del caso, para demostrar de que la responsabilidad dolosa es imposible sacarla del veredicto escuchado. No habiendo entonces esta responsabilidad, cuál sería entonces la aplicable? La contemplada en el artículo 1º de la Ley 164 de 1938, y modificadora del artículo 370 del C. P."

REPLICA DEL MINISTERIO PUBLICO

Cuando el veredicto es suficientemente claro —dice el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal— "ninguna dificultad se le presenta al fallador en acomodar el pensamiento del tribunal popular a las normas legales; el problema surge cuando el Jurado se sirve de términos inadecuados o de expresiones dudosas, pues entonces es necesario interpretar su voluntad y estarse más a ésta que a las palabras de que se haya servido". Y para estos fines, nada más aconsejable que acudir a las auténticas fuentes de interpretación que emanan de las incidencias más importantes del proceso penal. En este caso, para el señor Procurador, esas fuentes se encuentran en el mismo debate público, en donde aparece —según el Acta cuya parte pertinente transcribe en su Vista— que ante los Jueces de conciencia se examinó a espacio el estado en que se encontraba Joaquín Emilio Padierna al lesionar letalmente a Duque, examen que, en contra del concepto del Fiscal que intervino en las audiencias, para quien la embriaguez que sufría el procesado no era total, llevó al defensor a presentarle al Tribunal del Pueblo estas dos proposiciones escritas, como fruto de su discurso, para que se decidieran por una de ellas:

"1ª—**Nó, por haber obrado en estado de anomalía psíquica por intoxicación alcohólica aguda**"

"2ª— **Sí, pero sin propósito de matar y por culpa**".

Como ya se ha visto, el Jurado no calificó la responsabilidad en los términos en que la planteó el defensor, y sólo excluyó en su respuesta la figura del homicidio de propósito, dejando en pie la responsabilidad del acusado en cuanto a las lesiones que ocasionaron la muerte de la víctima. Y de ahí que el señor Procurador afirme que los argumentos del abogado en orden a demostrar que el veredicto es absolutorio, "se desarrollan sobre una premisa jurídicamente falsa, porque la embriaguez no es causa eximente de responsabilidad penal sino sólo circunstancia de menor peligrosidad, cuando no siendo preordenada, **el agente, no haya podido preveer sus consecuencias**"

Si el Jurado —arguye el Procurador— reconoció esa sola responsabilidad, la de haber herido, y rechazó la del homicidio culposo que el defensor le propuso, no cabe otro entendimiento que aquél que le dió la sentencia al veredicto, o sea, "la voluntaria acción del procesado al herir sin el propósito de matar, porque el expediente dice que entre los agentes de la infracción hubo discusión y que el procesado pasó de ésta a las vías de hecho armado de machete, cuestión que captó con naturalidad el Juri....."

Como complemento de su raciocinio, el conceptuante cita un fallo de esta Sala, a la que le pide que no case la sentencia recurrida.

LA EMBRIAGUEZ ANTE LA LEY

Las legislaciones —en términos generales— han concedido a la delincuencia de los ebrios un efecto penal apenas atenuante, cuando a ese estado llegó el infractor sin otro propósito, es decir, que no acudió al alcohol como estimulante para perpetrar el delito. Y auncuando algunos tratadistas se han opuesto a que se valore como circunstancia de menor peligrosidad la embriaguez voluntaria de quien delinque bajo su influjo (Ferri la llama escandalosa), es lo cierto que en la mayoría de los código penales figura con esa calidad. Así aparece en el vigente estatuto punitivo colombiano (ordinal 5º del artículo 38). En cambio, en la ley penal anterior (19 de 1890, artículo 118, ord. 6º) sólo era atenuante la embriaguez que provenía de fuerza hecha al reo, o de alguna otra contingencia. Y en esa misma ley se encontraban estos preceptos: "....Basta que el acusado haya tomado licor con el fin de embriagarse, para que sea plenamente responsable de los delitos que cometa aunque haya perdido del todo el uso de la razón". "El que viole la Ley en estado de embriaguez voluntaria, sufrirá la pena señalada al delito que haya cometido". "La embriaguez se presume voluntaria, mientras no se pruebe o resulte claramente lo contrario" (artículo 30).

A esa conducta, que constituye un verdadero estado antisocial, no se le ha dado, pues, alcance de eximente de la responsabilidad, ni las reacciones típicas de los ebrios sirven de excusa, porque para que puedan ellos susbtraerse a las sanciones comunes y sean sujetos a medidas de seguridad, es meneser probar que cuando el acto delictuoso se realizó se hallaban en un grado de intoxicación crónica, al tenor de lo dispuesto en el artículo 29 del Código Penal, que prevé situaciones patológicas permanentes, las cuales no pueden confundirse con la inconsciencia o relajación de los frenos psíquicos que generalmente produce la ebriedad aguda, la que si llega a perturbar la mente es sólo en forma transitoria.

De modo que cuando en el veredicto aparece explicado el acto por la simple embriaguez en que se encontraba el delincuente, esa explicación, que en ninguna forma puede entenderse con desconocimiento de la doctrina establecida, resulta completamente vana ante la Ley, y es como si no se hubiera escrito.

LA CULPA

Integran o componen la culpa penal —según los expositores— un sinnúmero de particularidades de orden intelectual o físico entre las cuales pueden citarse éstas: imprudencia, que es una forma de imprevisión activa; negligencia, que es una forma de imprevisión pasiva; impericia, descuido, atención incompleta, sensibilidad obtusa o embotada, ideación defectuosa o parcial, temeridad etc. Son, pues, múltiples los factores que pueden concurrir en un hecho culposo, aunque basta uno solo de ellos para que se configure la infracción.

También se observa en la práctica que hay individuos constantemente dispuestos a esta clase de violaciones, bien por sus precarias condiciones de moralidad, o por falta de resortes éticos, o por el ambiente en que desarrollan sus actividades o, en fin, por causa del mismo oficio que los obliga a comprometer sin medida alguna de precaución sus fuerzas, lo que agota sus naturales energías y los lleva a la fatiga muscular o a la postración nerviosa. Y de ahí que Angiolini haya clasificado a los delincuentes culposos en estos grupos: imprudentes o negligentes por escasez de sentido moral y de ultruismo; culpables por inexperiencia, o ineptitud o ignorancia de la profesión que ejercen; culpables por defectos en el mecanismo de la atención y de la asociación de las ideas; y, por último, culpables por influencia del medio, a causa de un "surmenage" físico o intelectual.

Sin embargo, no hay acto culposo en que no intervenga la imprevisión o la temeridad, que es lo mismo que confianza imprudente. Y es por esto por lo que la fórmula del artículo 12 del Código Penal —que no implica una definición— es muy aceptable, si acaso no puede calificarse de perfecta. Allí se dice que hay culpa cuando el agente no **previó** los efectos nocivos de su acto habiendo podido preveerlos, o cuando a pesar de haberlos previsto, **confió imprudentemente** en poder evitarlos.

Así en los casos que a manera de ejemplos se citan a continuación, es posible apreciar la presencia de aquellos factores: arrojar a una calle muy transitada una piedra u otro objeto capaz de causar daño; guiar un automóvil hallándose ebrio el conductor; maniobrar con una arma mortífera sin ningún cuidado. Entonces, si de cada uno de esos actos resulta una daño, porque la piedra golpeó a un transeunte, el automóvil atropelló a un peatón y el arma que estaba cargada disparó e hirió a un circunstante, los autores responderían por lesiones y homicidio culposos, según el caso, porque en la primera hipótesis se dejó de preveer algo que era muy previsible (gente en la calle); en la segunda se corrió un riesgo (temeridad, confiando en evitarlo, además de que se infringió el Reglamento que prohibe a los beodos el manejo de vehículos; y en la tercera, hubo imprudencia al no observar si el arma estaba en condiciones de hacer fuego.

Es bien notorio que en estas ocurrencias los protagonistas no sólo no desearon producir los resultados que se han imaginado, sino que creyeron que sus acciones no iban a causar detrimento a nadie, o que dándose cuenta de lo atrevidas de éllas confiaron en su buena estrella y en que no darían lugar a perjudiciales efectos. La imprevisión y la osadía fueron los factores predominantes que los llevaron al delito. Y solamente ellos, porque un vehículo automotriz, en sí, no puede considerarse como instrumento mortífero, pues su destino, el fin que debe cumplir, es otro; y un arma de fuego desprovista de proyectiles es inofensiva en cuanto se emplee como tal y no como cuerpo contundente. Sólo que, accionar el percusor sin antes averiguar si está o nó cargada, y sin fijarse si hay alguien a quien se pueda herir, es una imprudencia. Pero si con un machete o con un cuchillo se acomete a alguna persona usándolos por su filo o punta, de las consecuencias de un acto semejante ya no puede pre-

dicarse la simple imprevisión o el descuido, ni menos que hubo confianza en que a la víctima del ataque no le sucediera nada. Y para que ese hecho resultara culposo simplemente y no doloso, atendida la explicación de que el ejecutor se hallaba en total embriaguez o en estado de inconciencia, se necesitaría una declaración expresa en tal sentido. Y en el caso que se estudia élla no se produjo al calificar la responsabilidad de Joaquín Emilio Padierna. Y tampoco quedó sobreentendida la culpa, como sí hubiera podido deducirse en frente de ésta o parecida respuesta del Jurado: "Sí es responsable, pero sin el propósito de matar y sin el de herir, por encontrarse ebrio".

EL HOMICIDIO ULTRAINTENCIONAL Y LA JURIPRUDENCIA

No desconoce la Sala que esta modalidad del homicido requiere un dolo específico, o sea, que siendo la intención concreta la de herir, el resultado superó el propósito del agresor. Por eso se llama preterintencional; aquí la muerte sobreviene como consecuencia de un ataque a la integridad física, así como en el homicidio culposo la muerte sobreviene como efecto de un acto indiferente, del punto de vista jurídico, y que no constituye en rigor ataque a la persona. Y por eso impresiona el argumento —repetido por el recurrente— que dió el Magistrado Luis Arcila Ramírez al salvar el voto respecto de lo resuelto en la sentencia impugnada. Dice el salvamento: "No sería lógico afirmar que el procesado no tuvo inteligencia clara y voluntad libre para formar el propósito homicida y sí gozó de plenas facultades para formar el propósito de lesionar, que presenta un dolo más determinado y concreto". Impresiona el argumento, como ya se dijo, mas es susceptible de dos reparos: primero, que el propósito de matar fue rechazado por los jueces de conciencia, lo que vale decir que esta negativa no fue fruto de un estudio académico, al que no está obligado el Tribunal popular; y segundo, que el propósito, vocablo que en sí mismo envuelve la idea de algo definido y específico, es tan determinado y concreto para lesionar como puede serlo para matar. Por otra parte, ya se ha visto que el camino indicado —y así lo hizo el sentenciador— es acudir a las fuentes de interpretación cuando el veredicto es incompleto o poco expresivo.

Negar, por parte del Jurado, el propósito de dar muerte, no implica necesariamente la absolución. Así lo dijo la Sala Penal de la Corte en la sentencia de 8 de julio de este año que cita el señor Procurador en el texto de su concepto. Y allí mismo se dan normas o pautas para resolver problemas análogos al que es materia del recurso que se estudia, normas que pueden sintetizarse en estos términos: cuando el elemento subjetivo no es declarado con toda propiedad por los jueces populares, es deber del intérprete —Juez de derecho— desentrañar el sentido real del veredicto para acomodarlo al precepto legal correspondiente.

Esta doctrina no rectifica la anterior, como se ha supuesto, la que sigue conservando su vigencia, porque se funda en consideraciones jurídicas inobjetables. Ella —la que acaba de citarse— se refiere a casos excepcionales en los que el veredicto puede entenderse, siguiendo los debates del proceso que ofrezcan seguras fuentes de interpretación, sin menoscabo de los intereses de la justicia, que sí sufriría grave quebranto al absolver a quien contrarió el orden legal establecido.

Cuando se presenta una dificultad insuperable para descifrar el pensamiento recóndito del Jurado que expresó su voluntad en un veredicto incompleto o enigmático, y no hay guía alguna que permita desentrañar su sentido, entonces no es que el camino de la absolución del infractor sea el que mejor consulte la equidad, sino que a él se llega necesaria y fatalmente. El absolver es allí consecuencia de una actuación deficiente y no el resultado de un juicio surtido con la plenitud de sus formas propias o especiales.

Tiene, pues, aquí pleno efecto el fallo de 8 de julio de este año, porque auncuando el Jurado al negar el propósito homicida no determinó expresamente cuál fue entonces la intención del reo, sí dió a entender, al guardar silencio sobre el homicidio culposo, lo que equivale a haberlo negado, pues le fue propuesto, que afirmaba la preterintencionalidad del hecho.

CUANDO PUEDE AFIRMARSE QUE LA SENTENCIA NO SE CONFORMA CON EL VEREDICTO (2º motivo de la causal 3ª)

Si la determinación de la responsabilidad es función privativa del Jurado, la misión del Juez de derecho consiste en interpretar el veredicto para encausarlo dentro de las disposiciones de la Ley Penal. Y para que haya desacuerdo entre la sentencia que interpretó el querer del Jurado acomodando su decisión al precepto legal corres-

pondiente, y el veredicto emitido, se requiere que la disconformidad sea clara, apreciable, manifiesta, es decir, que el fallo se oponga abiertamente al preciso pensamiento de los Jueces de conciencia concretado en una fórmula que no se preste a ninguna ambigüedad. Y en el mejor de los supuestos para las pretensiones del autor de la demanda, el que sirve de base para el desarrollo de su tesis no le indica ni traduce un parecer tan preciso, una expresión tan declarativa que permita aseverar que la idea que él contiene es terminante en una o en otra de las direcciones que él señala: la absolución o el homicidio culposo. La misma solicitud alternativa demuestra que para el entendimiento del autor de la demanda el veredicto no puede interpretarse en un solo sentido. Luego si dá lugar a diversas soluciones, no hay por qué escoger aquellas que habiendo sido propuestas en su oportunidad quedaron implícitamente eliminadas en el parecer escrito del Jurado. Con esto no se prescinde del principio universal del derecho sobre favorabilidad —propio en los juicios penales—, porque él se aplica a los casos dudosos, lo que no ocurre en el presente.

Además, en el recurso de casación, como extraordinario que es, exige que se demuestre aquello que se afirma, sin que pueda esperarse que oficiosamente se reconozca lo que quedó por fuera de la tesis de la demanda. Se propone este recurso no corregir un error no alegado, suplir una omisión no anotada, sino restablecer los fueros del derecho, previo el raciocinio jurídico en que el demandante pruebe que hubo, y en qué parte del fallo que se acusa, una ostensible violación de la Ley.

En consecuencia, no advirtiéndose desacuerdo entre el veredicto y la decisión que le dió legal desarrollo, procede declarar que los fundamentos del recurso no conducen a la invalidación solicitada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, atendido el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, fechada el 15 de marzo del año en curso, en la cual se condenó a Joaquín Emilio Padierna como responsable del delito de homicidio preterintencional y se le aplicaron las sanciones pertinentes.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Ricardo Jordán Jiménez. — Jesús Estrada Monsalve. — Domingo Sarasty Montenegro Luis Zafra.—Julio E. Argüello R., Secretario.

ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACION

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal.—Bogotá, veinticuatro de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

El Tribunal Superior de Pereira, en sentencia de 8 de julio último, reformó la de fecha 21 de marzo del año en curso proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santuario e impuso a Guillermo González Marín la pena principal de diez y seis meses de presidio, multa de ciento sesenta pesos y las accesorias respectivas por el delito de lesiones personales en Jesús María Giraldo.

Contra el fallo del Tribunal recurrió en casación el señor Fiscal de esa entidad, y para resolver sobre la admisibilidad del recurso se considera:

En casos semejantes ha dicho la Corte:

"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 557 del estatuto procesal, para que pueda recurrirse en casación contra las sentencias de que allí se trata, es necesario que el delito investigado tenga asignada una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo **sea o exceda de cinco años,** requisito que no se refiere a la sanción establecida para las infracciones previstas **genéricamente** en la ley, en abstracto, sino a la **específica** resultante de relacionar la pena señalada para el delito-base con la deducida en la respectiva sentencia por razón de las modalidades objetivas y subjetivas de cada caso sub-judice.

"Así ha interpretado la Sala la referida disposición en sus fallos de 21 de septiembre, 22 de octubre y 10 de diciembre de 1954 y 12 de enero del año en curso (1955); y como dada la modalidad de la **riña imprevista** en que se cometió el ilícito imputado a Ríos Cardona y a Cardona Garzón —reconocida en ambas instancias— el máximo imponible no alcanza a los cinco años que determina la ley, el recurso instaurado por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Buga contra la sentencia de que se hace mención no puede admitirse" (Auto de 5 de febrero de 1955).

A Guillermo González Marín se le condenó por un delito de lesiones determinantes de una perturbación funcional permanente, que en el inciso 2º del artículo 374 del Código Penal se reprime con la pena máxima principal de seis años de presidio, pero como en su favor reconocieron los juzgadores, por otra parte, la modalidad de la riña imprevista contemplada en el artículo 384 ibidem, el máximo imponible es sólo de cuatro años y seis meses de presidio, o sea inferior al exigido en el artículo 557 del Estatuto Procesal para que los recursos de casación contra las sentencias de que trata esta norma puedan ser admitidos.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECLARA INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Pereira contra la sentencia ameritada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez — Jesús Estrada Monsalve — Domingo Sarasty Montenegro — Luis Zafra — Julio E. Argüello, Secretario.

ANOMALIA PSIQUICA GRAVE.—PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD. — DISTINCION

1.—El artículo 29 del Código Penal, hace una clasificación de las enfermedades mentales, en tres clases, a saber: enajenación mental, término genérico que corresponde a la locura, que se predica de la persona privada del juicio o del uso de la razón; intoxicación crónica producida por el alcohol o cualquier otra sustancia, y grave anomalía psíquica que abarca la grande zona de estados intermedios o fronterizos entre la enajenación mental propiamente dicha (locura) y la normalidad absoluta, los cuales se caracterizan por deficiencias mentales o psíquicas de carácter permanente unas, y transitorias otras.

Para esta clase de delincuentes —anormales—, la ley ha establecido un tipo especial de sanciones que se denominan "medidas de seguridad", incluyendo como principales, la reclusión en un manicomio criminal o en una Colonia Agrícola Especial, la libertad vigilada, el trabajo obligatorio, y prohibición de concurrir a determinados lugares públicos (artículo 61). La primera de estas medidas, manicomio criminal, se destina como centro de reclusión para alienados que cometen delitos sancionados con penas de presidio, o para aquellos enfermos de la mente que, sin ser alienados cometen el hecho en estado de intoxicación crónica producida por el alcohol o cualquier otra sustancia, o bajo la influencia de una grave anomalía psíquica, siempre y cuando su estado los haga especialmente peligrosos para la sociedad (artículo 63). En otros términos, la reclusión en manicomio criminal se aplica a los enfermos de la mente que sin ser alienados, y por estar comprendidos dentro del artículo 29 de la ley penal, revelan un gran índice de peligrosidad social, aun cuando el delito —para efectos de la represión— no tenga señalada pena de presidio.

Si al individualizar la medida, como en el caso de estudio, el Juzgador pretermite formalidades esenciales atinentes al estado de peligrosidad, o indistintamente aplica penas y medidas de seguridad, es natural que el fallo que tal determinación contenga, será violatorio de la ley penal, ora, porque la reclusión a Colonia Agrícola Penal cuando el sujeto revela estado de peligrosidad social no puede aplicarse, bien, porque las penas accesorias que contiene la sentencia no pueden imponerse a personas anormales.

2.—Entre las penas y medidas de seguridad hay una diferencia fundamental; las primeras son determinadas cuantitativamente en su máximo y en su mínimo, son verdaderas sanciones represivas, se predican para hombres libres con dominio de sus facultades y plenamente imputables; las segundas, son indeterminadas en su máximo y determinadas en su mínimo; con la indeterminación —tiempo indefinido— juega íntimamente el factor peligrosidad de los anormales en su condición de alienados, intoxicados crónicos o sujetos que padecen de graves anomalías psíquicas, capacidad de peligrosidad que desaparece cuando terminan las causas generadoras de ellas; las medidas de seguridad no tienen el carácter técnico de penas, sino más bien de sistemas preventivos, porque al hacerlas efectivas colocan a la persona en imposibilidad de cometer un nuevo delito, medidas que se aplican a sujetos que por cualquier circunstancia o eventualmente se hallan fuéra de la psiquis normal.

Sería pertinente la aplicación de reclusión en una Colonia Agrícola Especial que contiene el fallo, siempre y cuando el acusado no revelara ningún índice de peligrosidad social; pero como el dictamen médico legal, base del cuestionario, veredicto y sentencia, contiene en sus conclusiones la afirmación de que el acusado es "un epiléptico psíquico-larvado" con síntomas permanente, y que por esa circunstancia el hecho se cometió en estado de grave anomalía psíquica, acto que "puede considerarse como una crisis impulsiva, verdadero equivalente del estado convulsionante, siendo un indi-

viduo que entraña gran peligrosidad social", la medida de seguridad aplicable al caso —se repite— no es la reclusión a una Colonia Agrícola Penal, sino la de reclusión en un Manicomio Criminal, medida que comprende no sólo a los alienados, sino, también, a las personas que delinquen en estado de grave anomalía psíquica, cuando, por otra parte, REVELAN UNA GRAN PELIGROSIDAD SOCIAL (artículo 63).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre veintisiete de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

En sentencia de diez y ocho de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga impuso a **José María Herrera Ospina** las medidas de seguridad, reclusión en una Colonia Agrícola Especial de un año como mínimo e indefinidamente, "por todo el tiempo que sea necesario para su curación y readaptación social, y no podrá cesar sino mediante el sistema de que trata el inciso único del artículo 64 del C. Penal".

Contra esta sentencia, el Fiscal de dicha Entidad interpuso recurso de casación, y como se halla tramitado en legal forma se procede a resolverlo.

Antecedentes

El trece de julio de mil novecientos cincuenta, José María Herrera Ospina llegó a la vereda de "Berlín", municipio de Ulloa, y se hospedó en casa de su amigo Marco Tulio Cardona Uribe. Al día siguiente, después de tomar el desayuno, Cardona Uribe manifestó que tenía necesidad de ir a lavar un café y así lo hizo. Posteriormente, Herrera Ospina tomó una hacha —que encontró debajo de una cama— y expresó que se iba a cortar un palo de leña; al encontrarse con Cardona Uribe, sin motivo alguno, lo mató. Media hora más tarde volvió portando un canasto que contenía café lavado y preguntó que dónde lo descargaba. María del Carmen, hermana de Cardona Uribe, preguntó por su hermano, respondiéndole aquél que estaba trayendo leña; luégo, aprovechando que María del Carmen estaba ocupada en sus tareas domésticas, sin despedirse se marchó.

En la investigación aparecen estas constancias:

Certificado médico del Director del Hospital Militar, referente al soldado José María Herrera Ospina, que dice:

"Este paciente llegó a este establecimiento el día 8 de febrero del presente año, 'sin diagnóstico, para ser trasladado a la Casa de Reposo de Chía', según dice la historia clínica. Al examen del señor Especialista presentó **'psicosis aguda'.** En la historia personal del paciente se anota: 'Hace tres (3) años tuve 'pérdida de la cabeza', con amnesia total durante esos días, que, dice el enfermo, le contaron fueron tres. En este estado de inconsciencia, dicen los amigos que le dá por deambular y nada más. Estos ataques se han repetido cuatro veces y van precedidos de cefálea de uno a dos días y sensaciones de pérdida de la ideación. Pasado el ataque, sólo queda la laguna armónica correspondiente a esos días".

Certificado de la Oficina Médico Legal del Departamento del Valle (Buga), que expresa:

"José María Herrera Ospina, en la actualidad es un hombre normal socialmente. Aunque en el expediente a folio 87 existe un informe rendido por el señor Comandante del Grupo de Artillería número 3, en el cual transcribe el dictamen del Oficial de Sanidad del Grupo, en el cual manifiesta 'que el soldado José María Herrera O., se halla víctima de un estado delirante con faz persecutoria y crisis impulsivas...', es de anotar que en la actualidad no existen dichos fenómenos".

Auto de proceder

Al calificar el mérito del sumario, el Juzgado llamó a responder en juicio a José María Herrera Ospina "por el delito de homicidio de que trata el Libro II, Título XV, Capítulo I del Código Penal, cometido en la persona de Marco Antonio Cardona Uribe, el 14 o el 15 de junio de 1950 en las horas de la mañana, en la vereda denominada "Berlín" del Municipio de Ulloa de este vecindario judicial".

Planteada la duda sobre normalidad o anormalidad del acusado, el Juzgado consideró no ser indispensable resolverla antes del auto de llamamiento a juicio, sino al momento de proferir la respectiva sentencia, por lo cual dejó consignado su pensamiento en estos términos:

"Pero si es factible en el caso de autos subsa-

nar la duda que se presenta, si en realidad o no el sindicado Herrera Ospina padecía al tiempo de cometer el hecho alguna de las anormalidades psíquicas a que se refiere el citado artículo 29 del Código Penal, ordenando durante el tiempo probatorio de la causa a la Oficina Médico Legal de esta ciudad la ampliación del reconocimiento número 221 (folio 94), en el sentido de precisar en lo posible, practicándole un nuevo examen psiquiátrico al sindicado Herrera Ospina con las formalidades señaladas en el último inciso del artículo 264 del Código de Procedimiento Penal y con base en un nuevo y detenido estudio de las pertinentes constancias del proceso, si en realidad de verdad el citado Herrera Ospina **padecía al tiempo de cometer el hecho delictuoso** algunas de las enfermedades mentales de que trata el ya citado artículo 29. Asímismo debe ser ratificado bajo juramento el perito a que se refiere las constancias de folios 87 y 88 del informativo".

Causa

Acorde con lo dispuesto en el auto de proceder, en la tramitación del juicio, el procesado fue sometido a varios exámenes de los Médicos Legistas del Valle, en cuyo dictamen se lee lo siguiente:

"En respuesta a la solicitud del señor Juez 1º Superior del Distrito Judicial de Buga, respecto a 'si en realidad de verdad el citado Herrera Ospina padecía al tiempo de cometer el hecho delictuoso algunas de las enfermedades mentales de que trata el artículo 29 del Código Penal', contestamos que, considerándose la epilepsia una enfermedad que puede manifestarse en cualquier época de la vida, aún en los primeros días del nacimiento y habiendo tenido Herrera Ospina con anterioridad al hecho claros datos de epilepsia frustrada o larvada, concluímos que dicho individuo en el tiempo de cometer el hecho delictuoso padecía de su estado epiléptico psíquico (que cae de lleno dentro del artículo 29 de "grave anomalía") y que dicho acto puede considerarse como una **crisis impulsiva,** verdadero equivalente del estado convulsivante, siendo un individuo que entraña gran peligrosidad social.

"Del conjunto de datos adquiridos en el examen somático y de la personalidad de Jesús María Herrera Ospina, podemos concluir que dicho sujeto padece de una epilepsia psíquica larvada".

Veredicto

Dos fueron las preguntas que se formularon a los miembros del Jurado, así:

"1ª—El acusado **José María Herrera Ospina,** de las condiciones civiles y personales anotadas en el respectivo auto de proceder, es responsable conforme a éste, de haber dado muerte al señor Marco Antonio Cardona Uribe, con el propósito de matar, mediante una herida localizada en la región occipital, en la parte media y un poco por encima del agujero occipital, producida por arma traumática y cortante (hacha), hecho ocurrido el día catorce (14) o quince (15) de junio de mil novecientos cincuenta (1950), en las horas de la mañana, en la vereda denominada 'Berlín' del Municipio de Ulloa, en este distrito judicial, y en circunstancias que pusieron a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad,"

El Jurado contestó:

"Sí es responsable, sin deducirle circunstancias de asesinato, por su estado mental".

"2º—A tiempo de cometerse el hecho a que se refiere el cuestionario anterior, el procesado José María Herrera Ospina, padecía de grave anomalía psíquica?"

El Jurado contestó: "Sí".

En desarrollo de este veredicto, el Juzgado, el veinte de abril de mil novecientos cincuenta y cuatro, condenó a Herrera Ospina "a sufrir reclusión en una Colonia Agrícola Especial por un término no menor de un año"; a las penas accesorias de "interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un término no menor de un año; pérdida de toda pensión de jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial; pérdida de la patria potestad si la tuviere; y publicación especial de la sentencia"; a pagar "los perjuicios civiles causados por la infracción, a la persona que legalmente corresponda", condena que se hace en abstracto por no haber sido previamente avaluados los perjuicios".

Al revisar la sentencia, el Tribunal la reformó así: "...la reclusión en una Colonia Agrícola Especial no por un año, sino que esta medida cronológica es lo mínimo; en todo lo demás la CONFIRMA.

"En consecuencia, la reclusión del responsable Herrera Ospina, será por el tiempo que sea necesario para su curación y readaptación social, y no podrá cesar sino mediante el sistema de que trata el inciso único del artículo 64 del C. Penal.

"Como no se trata de una pena sino de una

'medida de seguridad', no es descontable el tiempo que ha estado en detención preventiva".

Cuestión previa

Antes de considerar los motivos de impugnación a la sentencia, es indispensable resolver si la demanda fue o no presentada en tiempo para que ella sea motivo de estudio por la Corte, tema que sugiere la Procuraduría, ya que, en concepto del colaborador "la demanda del señor Fiscal ha de tenerse como no existente".

Apoya su tesis en varias providencias de la Corte, en las cuales se afirma "que el recurso de casación debe fundarse dentro del término legal, o sea, el de quince días de que habla el artículo 563, so pena de que sea declarado "desierto"; si bien es cierto que la demanda fue presentada "personalmente ante autoridad distinta, a la Corte llegó después de haber expirado el término señalado por la ley, para poder tenerse en cuenta"; que en estas condiciones, de acuerdo con el artículo 7º del C. de P. P. por analogía debe aplicarse el artículo 530 del Código Judicial, toda vez que "la demanda de casación puede ser enviada de lugar distinto a donde se sigue el negocio, pero para que ella surta sus efectos es indispensable que llegue a la Corte dentro de los términos legales.

"Las doctrinas citadas —dice la Procuraduría— son terminantes y definitivas y de su contexto se desprende muy claramente que ellas no admiten excepción ni aún en el presente caso en el cual se trata de un recurso interpuesto por el Ministerio Público, y que, conforme al Decreto Legislativo número 1154 del año en curso, artículo tercero, debe fundamentar presentando la respectiva demanda dentro del término señalado por el artículo 563 del Código de Procedimiento Penal", el escrito de demanda presentado por el Fiscal del Tribunal "ha de tenerse como no existente".

Las doctrinas de la Corte y los conceptos de la Procuraduría, serían pertinentes y de aplicación inmediata para declarar desierto el recurso, si el traslado —quince días— a que tiene derecho la parte recurrente para formular la demanda de casación se hubiera surtido en la Secretaría de la Sala; pero la circunstancia de ser la parte recurrente el Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga impidió hacerlo, por no tener dicho funcionario jurisdicción territorial para actuar en Bogotá; en tales condiciones, y para cumplir con lo dispuesto por el artículo 3º del Decreto 1154 de 1954 y 563 del Código de Procedimiento Penal, se dispuso comisionar al Presidente del Tribunal Superior de Buga para que le corriera el correspondiente traslado.

En los términos de la comisión, el Tribunal notificó el auto por el cual se admite el recurso, y dio el negocio en traslado al Agente del Ministerio Público para que formulara la demanda de casación. Así lo hizo, y en esta forma lo certifica la Secretaría de la Sala. La circunstancia de que el negocio y la demanda se hubieran recibido en la Secretaría de la Sala "fuéra del término del traslado", no es motivo suficiente para que la Corte declare desierto el recurso o deje de considerar la demanda. La demora en llegar el negocio en el plazo señalado por la ley, es un hecho ajeno a las actividades del Agente del Ministerio Público, retardo que no puede tenerse en cuenta como razón para omitir el estudio del recurso, máxime, cuando la demanda fue presentada en la oportunidad fijada por la ley.

"De lo dicho se concluye —ha dicho la Sala— que aunque las presentes diligencias fueran recibidas en la Corte fuéra del término que tenía el recurrente para sustentar el recurso, la respectiva demanda de casación se presentó en tiempo oportuno, y la solicitud del Ministerio Público no puede, en consecuencia, atenderse". (Auto de 26 de junio de 1955).

Demanda

Dos son las causales que invoca el recurrente: la cuarta y la primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, las cuales se estudiarán en el mismo orden de presentación que trae la demanda.

Causal cuarta

Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Alega el recurrente que "al redactarse los cuestionarios sometidos al Jurado, se violó lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, en cuanto dicha disposición establece que el cuestionario que el Juez somete al Jurado, al principiar la audiencia pública, se formulará conforme al auto de proceder", y que, en su concepto, debió prescindirse del cuestionario atinente a la "grave anomalía psíquica" puesto que "esta circunstancia no se tuvo en cuenta en el auto de

proceder, por estimar que no existía prueba suficiente sobre ella" y por haber sido decretada por solicitud "extemporánea del defensor". Finalmente expresa:

"La irregularidad en que se incurrió al formular los cuestionarios propuestos por el Jurado, entraña una violación de las formas propias del juicio que acarrea una nulidad constitucional que debe ser declarada de oficio".

Se considera:

Es evidente —como lo afirma el Agente del Ministerio Público— que el cargo formulado en el auto de proceder fue por un delito de homicidio previsto en el Libro II, Título XV, Capítulo I del Código Penal. Pero, también es cierto, que en la parte motiva de dicha providencia se determinaron las condiciones de imputación y en ella se dijo: que para saber si el sindicado al momento de cometer el delito padecía de una grave anomalía psíquica, era indispensable allegar en el curso del juicio la prueba respectiva, o sea, el dictamen médico legal. De manera que, si como resultado de la prueba pericial se llega a la conclusión de que el procesado al momento de cometer el delito padecía de una grave anomalía psíquica, esa circunstancia modificadora de la responsabilidad, necesariamente debía someterse a la consideración del Jurado, para saber si al acusado podían imponérsele penas o medidas de seguridad.

Las modalidades que tipifican el delito —parte motiva del auto de proceder— son susceptibles de modificación en el curso del juicio. El cambio de ellas no obedece a un criterio arbitrario o caprichoso del Juez o de las partes; él se opera —únicamente— mediante hechos eficientes que demuestren la circunstancia que se trata de modificar. Lo inalterable en el auto de proceder —como lo ha sostenido la doctrina de la Corte— es la parte resolutiva de dicha providencia, o sea, la calificación genérica que se hace del delito sin determinación de su especie, pero las circunstancias que lo especifican pueden ser modificadas de acuerdo con la prueba que se allegue al juicio; de no ser así, carecería de objeto el término probatorio en la causa, y lo que la ley requiere es la comprobación de la verdad histórica y material de los hechos investigados y la determinación de la responsabilidad de los autores o partícipes, como finalidades esenciales del proceso penal.

Cuando el funcionario de instrucción o Juez de la causa, por iniciativa propia o a petición del procesado o defensor ordena una prueba, para establecer determinado hecho o para demostrar las condiciones que caracterizan la personalidad del procesado, debe practicarse, si ella es pertinente, máxime si contiene hechos que deben influir en la redacción de los cuestionarios, en el veredicto del Jurado y en la respectiva sentencia; en esta forma se protegen, por una parte, los intereses de la sociedad representada por el Ministerio Público, y por otra, los derechos del acusado en orden a su defensa. Cuando por cualquier circunstancia las pruebas ordenadas no se han llevado a efecto, pueden practicarse en el curso de la audiencia pública. Quiere la ley, garantizar así, la recta administración de justicia y el cumplimiento de las formalidades propias del juicio; su omisión, engendra un vicio de nulidad sustancial.

"Condenar a una persona sin proporcionarle todos los medios de defensa establecidos por la ley —ha dicho la Corte— no sólo es violatorio de las normas procedimentales, sino de principios constitucionales que consagran normas eficaces en defensa de los derechos esenciales de la persona humana. La Constitución garantiza que nadie puede ser condenado sin observar la plenitud de las formas propias del juicio, y entre esa plenitud de garantías nada más importante que la referente a pruebas que van a demostrar la responsabilidad o irresponsabilidad del acusado, o aquellas que por imperativo legal —orden del Juez— deben practicarse para saber a ciencia cierta si la persona —sujeto del proceso— es normal o no. La omisión de estas formalidades engendra un vicio sustancial en el proceso".

"La nulidad en este caso no depende de la violación de los artículos 198 y 199 del C. de P. P. que señalan las más frecuentes en los procesos penales, sino del quebrantamiento de una norma de superior jerarquía como es el artículo 26 de la Constitución Nacional; declaración que no está condicionada a la voluntad de las partes, pues su reconocimiento lo hace el Juez de manera oficiosa, cuando advierte su presencia en cualquier estado del proceso".

No existe, pues, ninguna violación de la Ley 4ª de 1943 —artículo 28—, porque los cuestionarios se formularon de acuerdo con ella y con lo dispuesto y probado en la parte motiva del auto de proceder. En consecuencia, el cargo no está probado.

Causal primera

Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

"La sentencia, violó el artículo 63 del Código Penal —dice el recurrente— al no imponer al reo José María Herrera, como pena principal la reclusión en un manicomio criminal, en vez de la reclusión en una Colonia Agrícola Especial. Como el delito se halla sancionado con pena de presidio, lo indicado y legal es recluírlo en un manicomio criminal, ya que éste es un sujeto que padece de una epilepsia psíquica o larvada, y que el hecho antisocial del cual se lo declara responsable fue el resultado de una crisis impulsiva".

"Si Herrera Ospina es realmente un delincuente anormal, como lo decidió el Jurado en su veredicto, y si dicho veredicto debe cumplirse, es necesario, como desarrollo de él, imponer en la sentencia respectiva medidas de seguridad tanto principales como accesorias, pero lo que resulta un verdadero contrasentido, es mezclar, en un mismo fallo, y con relación a un mismo sujeto, la aplicación de medidas de seguridad con penas accesorias correspondientes a las penas ordinarias de aplicación a los delincuentes normales".

Se observa:

El artículo 29 del Código Penal, hace una clasificación de las enfermedades mentales, en tres clases, a saber: enajenación mental, término genérico que corresponde a la locura, que se predica de la persona privada del juicio o del uso de la razón; intoxicación crónica producida por el alcohol o cualquier otra sustancia, y grave anomalía psíquica que abarca la grande zona de estados intermedios o fronterizos entre la enajenación mental propiamente dicha (locura) y la normalidad absoluta, los cuales se caracterizan por deficiencias mentales o psíquicas de carácter permanente unas, y transitorias otras.

Para esta clase de delincuentes —anormales— la ley ha establecido un tipo especial de sanciones que se denomina "medidas de seguridad", incluyendo, como principales, la reclusión en un manicomio criminal o en una Colonia Agrícola Especial, la libertad vigilada, el trabajo obligatorio, y prohibición de concurrir a determinados lugares públicos (artículo 61). La primera de estas medidas, manicomio criminal, se destina como centro de reclusión para alienados que cometen delitos sancionados con penas de presidio, o para aquellos enfermos de la mente que, sin ser alienados cometen el hecho en estado de intoxicación crónica producida por el alcohol o cualquier otra sustancia, o bajo la influencia de una grave anomalía psíquica, siempre y cuando su estado los haga especialmente peligrosos para la sociedad (artículo 63). En otros términos, la reclusión en manicomio criminal se aplica a los enfermos de la mente que sin ser alienados, y por estar comprendidos dentro del artículo 29 de la ley penal, revelan un gran índice de peligrosidad social, aun cuando el delito —para efectos de la represión— no tenga señalada pena de presidio.

Si al individualizar la medida, como en el caso de estudio, el Juzgador pretermite formalidades esenciales atinentes al estado de peligrosidad, o indistintamente aplica penas y medidas de seguridad, es natural que el fallo que tal determinación contenga será violatoria de la ley penal, ora, porque la reclusión a Colonia Agrícola Penal cuando el sujeto revela estado de peligrosidad social no puede aplicarse, bien porque las penas accesorias que contiene la sentencia no pueden imponerse a personas anormales.

Entre las penas y medidas de seguridad hay una diferencia fundamental; las primeras son determinadas cuantitativamente en su máximo y en su mínimo, son verdaderas sanciones represivas, se predican para hombres libres con dominio de sus facultades y plenamente imputables; las segundas, son indeterminadas en su máximo y determinadas en su mínimo; con la indeterminación —tiempo indefinido— juega íntimamente el factor peligrosidad de los anormales en su condición de alienados, intoxicados crónicos o sujetos que padecen de graves anomalías psíquicas, capacidad de peligrosidad que desaparece cuando terminan las causas generadoras de ellas; las medidas de seguridad no tienen el carácter técnico de penas, sino más bien de sistemas preventivos, porque al hacerlas efectivas colocan a la persona en imposibilidad de cometer un nuevo delito, medidas que se aplican a sujetos que por cualquier circunstancia o eventualmente se hallan fuéra de la psiquis normal.

El error del Tribunal al individualizar la pena se patentiza en la aplicación indiscriminada de penas y medidas de seguridad para reprimir el hecho: Si las penas son para individuos normales sujetos de responsabilidad legal penal, y si las medidas de seguridad son para anormales sujetos de responsabilidad legal, la aplicación conjunta, por una parte, conduce a la violación de

la ley sustantiva, y por otra, a la supresión de la división consagrada por el Código entre sujetos normales y anormales.

Sería pertinente la aplicación de reclusión en una Colonia Agrícola Especial que contiene el fallo, siempre y cuando el acusado no revelara ningún índice de peligrosidad social; pero como el dictamen médico legal, base del cuestionario, veredicto y sentencia, contiene en sus conclusiones la afirmación de que el acusado es "un epiléptico psíquico-larvado" con síntomas permanentes, y que por esa circunstancia el hecho se cometió en estado de grave anomalía psíquica, acto que "puede considerarse como una crisis impulsiva, verdadero equivalente del estado convulsionante, siendo un individuo que entraña gran peligrosidad social", la medida de seguridad aplicable al caso —se repite— no es la reclusión a una Colonia Agrícola Penal, sino la de reclusión en un Manicomio Criminal, medida que comprende no sólo a los alienados, sino, también, a las personas que delinquen en estado de grave anomalía pisquica, cuando por otra parte, **revelan una gran peligrosidad social** (artículo 63).

En consecuencia, el cargo prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, INVALIDA el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, y en su lugar,

RESUELVE:

a) Imponer a José María Herrera Ospina, de notas civiles conocidas, como autor del homicidio cometido en la persona de Marco Antonio Cardona Uribe, reclusión a un Manicomio Criminal por el término mínimo de dos años. La reclusión —máximo indeterminado— durará el tiempo que sea necesario para su curación y readaptación social y cesará mediante el sistema de que trata el artículo 64 del Código Penal.

b) Condenar a José María Herrera Ospina al pago de los perjuicios civiles provenientes del delito, condena que se hace en abstracto por no haber sido determinados dentro del proceso.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — Julio E. Argüello, Secretario.

DELITO DE ROBO. — CAUSAL SEGUNDA DE CASACION

1.—La causal segunda de casación se refiere a aquel yerro extremo y evidente en materia probatoria cometido por el Tribunal, al afirmar la existencia de un hecho que no ocurrió, o al negar la del que sí sucedió o al admitir que se realizó, pero de modo distinto a la verdad. En el primer caso, se crea lo que no ha acontecido; en el segundo, se desconoce lo existente; y en el tercero, se le muta o altera en algo trascendental, todo como consecuencia de la equivocada apreciación de los elementos de juicio traídos al proceso, o de un mal entendimiento sobre el determinado valor que les otorga la ley.

2.—Cuando se trata de los delitos de hurto agravado y robo común cometidos por tres o más personas reunidas, ya no se aplica la circunstancia accesoria del ordinal 9º del estatuto represivo (complicidad preordenada), sino la modificadora del numeral 5º del artículo 398 ibidem, pues en esta última norma —de carácter especial— queda comprendido el fenómeno de pluralidad de delincuentes que prevé aquel precepto general.

3.—Con la figura del robo calificado, contemplado en el artículo 404 del Código Penal, no juegan los agravantes particulares del hurto señaladas en el artículo 398 de la misma obra, sino con el robo ordinario que estructura el artículo 2º de la Ley 4ª de 1943.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, veintisiete de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra)

VISTOS:

Está impugnada en casación, con base en las causales segunda y primera, en su orden, la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, de fecha cuatro de agosto de 1953, en cuanto condenó a Aniceto Abaunza a la pena de seis años de presidio y accesorias consiguientes, como responsable del delito de robo agravado.

Causal 2ª.—Errada interpretación o apreciación de los hechos.

El demandante —que lo es el defensor— acusa el fallo por tres motivos, a saber:

1º—Que el Tribunal le dió a la prueba contra Abaunza un valor que no tiene sobre la responsabilidad del acusado, rechazando, en cambio, la confesión de éste y los elementos probatorios que la respaldan, y conforme a los cuales se establece que Abaunza no pudo estar en el lugar del robo (coartada). Y concluye el actor:

"Habiendo interpretado y apreciado erróneamente el Tribunal las pruebas en que basó la responsabilidad, es el caso de casar la sentencia, y proferir en su lugar una de carácter absolutorio, ya que no existen en autos los elementos de juicio necesarios para condenar";

2º—Que igualmente interpretó con error los hechos, "al dar por probado que había sido roto un candado, ya que no fue practicada una diligencia de inspección ocular para constatar dicha violencia"; y

3º—Que fue indebido el aumento de la pena con fundamento en la personalidad antisocial del procesado y los motivos determinantes innobles, pues "no hay en el expediente prueba alguna que compruebe la existencia de estas dos circunstancias agravantes, o que las sugiera apenas".

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal encuentra inaceptables las tres acusaciones. La primera, porque la coartada quedó destruída con una serie de hechos —nueve— que él enumera separadamente, y porque cada uno de los indicios que el Tribunal dedujo contra el acusado, "tiene su respectiva demostración y su concatenación con otros hechos que refuerzan la certeza de que Abaunza fue uno de los autores del delito", indicios que no pueden tomarse aisladamente, como lo hace el señor apoderado.

El segundo cargo lo rechaza el colaborador, en vista de que la sentencia aceptó la materialidad del delito de robo por medios distintos de la

inspección ocular que echa de menos el recurrente.

Y respecto del tercero —factores de peligrosidad—, el Agente del Ministerio Público observa que en la demanda no se demostró plenamente "que tales bases o elementos de juicio carecen de consistencia o no se amoldan a la realidad procesal".

El señor Procurador, en fin, halla deficiencias en el libelo para sustentar adecuadamente la causal segunda.

Se considera:

La causal segunda de casación —dijo la Sala en fallo reciente— hay que interpretarla en forma que no rompa los moldes especiales y limitados de este recurso extraordinario. Ella prevé una "errada interpretación o apreciación de los hechos", en cuanto la sentencia les atribuyó un valor probatorio que no tienen, o les negó el que sí tienen, o no los tomó en cuenta, a pesar de estar acreditados en el proceso, o los admitió, no obstante la manifiesta contradicción que ellos implican; y siempre que tales hechos sean "elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción". (Art. 567, ordinal 2º, C. de P. P.).

Por lo tanto, la causal mencionada se refiere a aquel yerro extremo y evidente en materia probatoria cometido por el Tribunal, al afirmar la existencia de un hecho que no ocurrió, o al negar la del que sí sucedió, o al admitir que se realizó, pero de modo distinto a la verdad. En el primer caso, se crea lo que no ha acontecido; en el segundo, se desconoce lo existente; y en el tercero, se le muta o altera en algo trascendental, todo como consecuencia de la equivocada apreciación de los elementos de juicio traídos al proceso, o de un mal entendimiento sobre el determinado valor que les otorga la ley.

Fuera de estos graves eventos, a la Corte le está vedado en casación emprender un estudio sobre las pruebas que analizó el juzgador para sustentar la sentencia demandada, pues, de lo contrario se acabaría con la técnica del recurso extraordinario; se convertiría éste en una tercera instancia; y se desconocería la libre y autónoma labor del Tribunal para formar su criterio jurídico sustituyendo una estimación probatoria por otra, a manera de un certamen académico que no influiría en la decisión práctica del asunto. (Casación de 21 de abril de 1955. Gaceta Judicial Nº 2153, página 137).

En el presente negocio, el Tribunal dedujo la responsabilidad del acusado recurriendo a un cúmulo de hechos indiciarios (doce en concreto); y el actor se limitó a criticarlos brevemente, de acuerdo con su personal criterio, sin hacerle ver a la Corte que las apreciaciones del sentenciador contienen una manifiesta equivocación, porque los hechos analizados, lejos de establecer la responsabilidad de Abaunza, indican, en cambio, su absoluta inocencia en el robo que se le imputa Y es de destacar que tratándose de prueba indiciaria, como es el caso, la tarea del demandante es todavía más ardua, puesto que el juzgador goza en ese campo de una gran amplitud para obtener su certidumbre, a base de raciocinios y de inferencias analógicas fundados en las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas. Mayormente cuando la fuerza de esta clase de prueba no está toda en la significación de cada indicio, sino en la pluralidad de los mismos.

De otro lado, debe anotarse que el actor no puntualizó siquiera en este capítulo de su libelo cuáles fueron las normas violadas por el Tribunal. Porque si el debate en casación presume una discordancia entre la sentencia impugnada y la ley, es necesario que se señale en concreto qué disposición o disposiciones del derecho positivo fueron quebrantadas por el fallador, y por qué. "Todo se reduce a presentarle a la Corte una caso de violación de la ley en un proceso criminal". No se concibe, en consecuencia, que una demanda de esta naturaleza deje por fuera la indicación de los preceptos procesales o de orden sustantivo cuyo imperio deba tutelar la Corte en el recurso extraordinario. Por eso, entre los requisitos que debe llenar la demanda, según el artículo 531 del Código Judicial figura el de la cita de "los textos legales que el recurrente estime infringidos".

Por lo visto, el cargo radical concerniente a la ausencia de plena prueba para condenar, no se sustentó en forma debida y debe desecharse.

La segunda acusación sobre la falta de prueba acerca de la violencia constitutiva del robo, apenas la enuncia el actor en un solo párrafo de la demanda. Nada sustentó al respecto, y por eso hay sustracción de materia para avocar el estudio de dicho tema.

Pero no sobra observar que, de ser cierta la crítica, el problema incidiría en un vicio de nulidad, por error en le denominación jurídica del

ilícito —hurto, en vez de robo—, y entonces la causal pertinente para corregir la anomalía, sería la cuarta, y no la segunda. Y esa causal cuarta no ha sido invocada.

El tercer cargo consiste en una errada apreciación de los hechos, por cuanto el Tribunal agravó la pena computando, entre otros, los factores relativos a la personalidad dañina de Abaunza y a los móviles antisociales del acto criminoso, sin que ello tenga prueba alguna en el expediente.

El demandante, en forma concisa, dá las razones de su tesis. Por eso, procede considerarla.

En las primeras horas de la noche del sábado 27 de febrero de 1943, varios hombres embozados y con armas asaltaron la casa de Lorenzo Celis y sustrajeron de allí dinero por la cantidad aproximada de $ 159.00, un cuchillo grande para matar ganado y unas escrituras. Los hechos ocurrieron en la vereda de "Bajo Guamito", jurisdicción del Municipio de Puente Nacional; y por ellos se llamó a responder a juicio a Ismael Guzmán y Aniceto Abaunza.

El auto de proceder y la condena versaron sobre el delito de robo, en la modalidad específica que contempla el artículo 404 del estatuto represivo.

Al individualizar la sanción, el Tribunal encontró como índices de peligrosidad, aparte de otros, "la personalidad reconocidamente antisocial de los agentes;.... y por último, los motivos determinantes, innobles éstos, según se desprende de la confesión hecha por Ismael Guzmán, en forma disimulada, a su hermana Purificación al justificar el robo a Lorenzo Celis".

Realmente, sobre el presunto móvil del delito existe el testimonio citado de Purificación Guzmán, que dice así:

"....llegó mi hermano Ismael a la labranza y nos contó a todos los que tábamos ahí, que habían robado la casa de don Lorenzo Celis, y entonces yo le contesté que cuántos serían los que habían ido a hacerle el robo y entonces mi hermano contestó: Dicen que jueron ocho, y yo le repliqué que pobrecito, que cuánto tiempo haría que taba ahorrando para darles un pan a sus hijos, y mi hermano contestó: "Bien hecho, peseros arrastraos, arto les queda en la pesa y van sobre los pobres que nos toca comprar la carne" y en esas yo le repliqué a mi hermano que cuánta sería la pérdida y mi hermano me contestó que le habían contado que habían sido alrededor de unos seiscientos pesos....."

A Ismael Guzmán no se le oyó en indagatoria por andar prófugo. Y respecto de Abaunza, éste negó ahincadamente los cargos. De manera que no se sabe por boca de los responsables cuál fue el motivo preciso que los indujo a tomar lo ajeno.

Y el proceso tampoco esclarece ese hecho importante, porque lo único que en ese sentido obra, como ya se vió, es la declaración de la testigo Guzmán; y de élla apenas se desprende un comentario del procesado Ismael sobre el robo ya cometido, pero nunca sobre los móviles que determinaron a los acusados a realizar el delito contra el patrimonio. Pero aún aceptando que ese testimonio demostrara que hubo causa innoble en la acción delictuosa, ello sería predicable únicamente de Ismael Guzmán, y nó de Aniceto Abaunza, ya que el primero fue quien lanzó las expresiones transcritas, y su concepto tan personal no puede ser comunicable al otro coautor, de quien se ignoran sus verdaderas intenciones en la consumación del ilícito. Cada copartícipe responde de su propio dolo.

Es obvio que para asignarle atributos al motivo determinante es preciso conocerlo primero, establecer su existencia, para luego deducir sus cualidades sociales o antisociales. Las circunstancias de mayor peligrosidad son de la exclusiva competencia del Juez de derecho y, por lo tanto, deben aparecer plenamente probadas para que puedan computarse al determinar la sanción.

Y siendo así que en el caso **sub judice** se ignora completamente cuál fue el móvil que llevó al procesado Abaunza a cometer el robo, hay que presumir que ese factor anímico obedeció al simple propósito de lucro, que es uno de los elementos constitutivos de esta clase de infracciones contra los bienes ajenos, y que no puede apreciarse dos veces para agravar la pena. Por eso, tiene toda la razón el demandante cuando expresa:

"En un robo cometido en las condiciones de aquel que nos hablan los autos no puede decirse que haya existido un sentimiento de odio o venganza, y en consecuencia no es lógico hablar de motivos determinantes innobles, los que solamente pueden inferirse o deducirse de una pasión vil o abyecta". Aquí se trata del "propósito de lucro que tiene todo delito de robo".

En esta parte prospera, pues, la demanda.

Sobre la personalidad antisocial del acusado —que es el otro aspecto del cargo—, sí obra en los autos una condena anterior, de carácter policivo, contra Aniceto Abaunza (fs. 83 v., cuaderno 1º), antecedente que impedía aplicarle el

mínimo de la sanción, conforme a los artículos 36, 37, numeral 2º, y 39 del Código Penal.

O sea que la sentencia se ajustó al derecho en ese punto.

Causal 1ª.—Violación de la ley penal.

La demanda concreta así las acusaciones:

"a)—El Tribunal violó el artículo 404 del Código Penal, por indebida aplicación, ya que como no existe prueba del rompimiento del candado, según lo expresado antes, ha debido aplicar el artículo 405, y nó el 404.

"b)—El Tribunal violó los artículos 403, 398 del Código Penal por aplicación indebida, ya que desde la primera instancia se aumentó la pena en más del mínimo teniendo en cuenta que el hecho había sido realizado de noche y por más de tres personas. Los numerales 4º y 5º del artículo 398, aplicables al robo por mandato del artículo 403, no son aplicables al delito de robo de que habla el artículo 404 del Código Penal.

"c)—El Tribunal violó, por indebida aplicación, el ordinal 2º del artículo 404 al hablar de que fueron más de tres las personas, sin tener en cuenta que para aplicarse dicho ordinal es necesario también que dichas tres personas estén organizadas en cuadrilla permanente.

"d)—El Tribunal violó el ordinal noveno del artículo 37 del Código Penal, al computar como circunstancia agravante el haber obrado varias personas en el delito, violando así el principio "non bis in idem", ya que esta circunstancia de la complicidad había sido tenida en cuenta en la primera instancia, en la cual se agravó la pena por haber intervenido en el delito más de tres personas. Hubo, pues, indebida aplicación de dicho ordinal noveno".

Anota el mismo recurrente que los cargos son tan claros, "que no necesitan mayor fundamentación". Pero en lo tocante al consignado en la letra b), se remite a la jurisprudencia de la Corte —que transcribe— y, según la cual, "cuando el delito se comete en concurrencia de una o varias de las circunstancias previstas en el artículo 404 del Código Penal, la sanción se rige por este artículo, con prescindencia absoluta de los casos de agravación o atenuación, contemplados para los delitos de hurto en los artículos 398, 399 y 400". (Casación de Pedro Antonio Ayala).

Replica el señor Procurador que la causal primera invocada está desprovista de motivación, "pues aparte de algunas simples referencias al motivo para demostrar el cargo, todo el capítulo no contiene sino afirmaciones; y sabido es que lo que en este recurso extraordinario no se demuestre, es como si no se hubiera propuesto".

Tiene razón el competente colaborador de la Sala en lo que atañe a los cargos a), c) y d) del libelo, que apenas se enuncian y que no fueron sustentados. Mas en lo que se refiere a la acusación b), el demandante sí indicó las disposiciones sustantivas violadas y el por qué se quebrantaron, transcribiendo, al efecto, una doctrina de la Corte que respalda claramente la crítica del actor. En consecuencia, se pasa a analizar la cuestión.

El sentenciador estimó que el artículo base para reprimir el robo era el 404 del Código Penal, norma que no podía aplicarse en su mínimo por concurrir los siguientes elementos agravantes: "la personalidad reconocidamente antisocial de los agentes; la preparación ponderada del delito; la circunstancia de nocturnidad; el haber obrado con la complicidad de otros previamente concertada; y por último, los motivos determinantes, innobles éstos, según se desprende de la confesión hecha por Ismael Guzmán, en forma disimulada, a su hermana Purificación al justificar el robo a Lorenzo Celis".

El referido cargo b) de la demanda alude al aumento de la pena, por haberse deducido las circunstancias modificadoras concernientes a haberse realizado el hecho de noche y por más de tres personas, según los numerales 4º y 5º del artículo 398 del estatuto penal, norma ésta incompatible con el 404 ibidem.

Los expresados numerales 4º y 5º agravan el hurto cuando se comete: "De noche, o introduciéndose en edificios o lugares destinados a habitaciones"; y "por tres o más personas reunidas o por una sola disfrazada o que se finja agente de la autoridad".

Es evidente que el Tribunal aplicó la modalidad específica prevista en el numeral 4º, por haberse cometido el robo "de noche"; y también es indudable que computó la del numeral 5º, referente a la ejecución del mismo ilícito "por tres o más personas reunidas"; pues aunque no consignó en la sentencia esos precisos vocablos de la ley, sí empleó otras expresiones equivalentes como las de haber obrado los dos reos (Ismael Guzmán y Aniceto Abaunza) "con la complicidad de **otros** previamente concertada".

Cuando se trata de los delitos de hurto agravado y robo común cometidos por tres o más personas reunidas, ya no se aplica la circunstan-

cia accesoria del ordinal 9º del estatuto represivo (complicidad preordenada), sino la modificadora del numeral 5º del artículo 398 ibidem, pues en esta última norma —de carácter especial— queda comprendido el fenómeno de pluralidad de delincuentes que prevé aquel precepto general. Así lo establece el artículo 37 del mismo Código, al decir que "son circunstancias de mayor peligrosidad que agravan la responsabilidad del agente —**en cuanto no se hayan previsto como modificadoras** o como elementos constitutivos del delito—las siguientes: ...." (Subraya la Corte).

Al condenar al acusado con fundamento en el artículo 404 y al elevar la pena tomando dos modalidades del artículo 398,, el sentenciador violó este último precepto y el 403.

Realmente, en el artículo 404 del Código Penal se contempla el robo calificado, esto es, aquella infracción que reviste máxima gravedad por las circunstancias especiales en que se consuma. De suerte que con esta figura no juegan los agravantes particulares del hurto señaladas en el artículo 398 de la misma obra, sino con el robo ordinario que estructura el artículo 2º de la Ley 4ª de 1943.

Y ello es así, puesto que, genéricamente, el robo está sancionado con prisión en una escala cuyo máximo llega a ocho años (art. 2º citado); en tanto que el artículo 404 fija una pena más enérgica y ejemplar en su calidad, o sea presidio, y en su cantidad extrema, que es de catorce años. En tal virtud, con la aplicación del último texto legal (Art. 404) queda debidamente reprimido el robo en sus manifestaciones más graves, y sería aberrante y contrario a la equidad hacer todavía otro aumento, recurriendo a las circunstancias cualificadoras de los artículos 398 y 399. Esto adquiere mayor fuerza, si se advierte que el artículo 403 está colocado a continuación del 402, como para no dejar duda de que el vínculo o enlace sólo existe entre esas dos normas, sin comprender el artículo 404.

Esta doctrina la ha sostenido firmemente la Corte desde el 17 de marzo de 1943. Entonces dijo la Sala:

"El artículo 402 del Código Penal (hoy artículo 2º, Ley 4ª de 1943), contempla el caso del que se apodera de una cosa mueble valiéndose para ello de amenazas o mediante violencia a las personas o a las cosas. Podría decirse que esta es la sanción base o general para el robo. De ahí que el art. siguiente, el 403 haga extensivos a este delito los motivos de agravación y atenuación de la pena fijada para el hurto por los artículos 398, 399 y 400,..... Y el artículo 404 del Código señala pena de tres a catorce años de presidio (es decir, la mayor de las sanciones imponibles por estos delitos) para cuatro casos que el mismo enuncia.....

"Si la sanción base debe ser la del artículo 404, con éste no rezan los motivos de agravación del hurto, pues la disposición últimamente citada propone cuatro circunstancias modificadoras del robo, cualquiera de las cuales bastará para que se imponga la sanción del artículo 404. Y entonces resulta excesivo aplicar la pena que establece la sanción más alta entre las distintas categorías de robo y luego computar además como agravante una circunstancia que sólo podría tenerse en cuenta si se clasificara el hecho en esa otra categoría prevista por disposición legal que señala una sanción base mucho menor". (Gaceta número 1998 y 1999, página 631).

Por lo visto, está plenamente justificado el cargo que se examina.

En resumen: el Tribunal se equivocó al computar, como índices de peligrosidad, los motivos innobles del robo; y el haberse cometido éste de noche y por tres o más personas reunidas. Y siendo así que esos tres factores influyeron decisivamente en la cuantía de la sanción, resulta lógico y equitativo, además, que suprimidos ellos, deba reducirse la pena impuesta.

Como quedan en pie otras circunstancias agravantes que trae el fallo recurrido y que la demanda no logró destruir, el artículo 404 del Código Penal se aplicará en una medida superior al mínimo. Se fijan, por lo tanto, cuatro años y ocho meses de presidio como pena principal que debe cumplir el procesado Abaunza.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo en parte con el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, CASA la sentencia acusada del Tribunal Superior de San Gil, y, en su lugar **condena** a **Aniceto Abaunza Pinzón** a la pena prin-

cipal de cuatro años y ocho meses de presidio, por el delito de robo materia del auto de proceder.

En lo demás, queda en firme dicho fallo, pero con la advertencia de que la pena accesoria referente a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas debe durar el mismo tiempo de la sanción principal, o sean cuatro años y ocho meses (Art. 58 C. P.).

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso.

Ricardo Jordán Jiménez.—Jesús Estrada Monsalve.—Domingo Sarasty M.—Luis Zafra.—Julio E. Argüello, Secretario.

RECURSO DE HECHO

1.—Cierto que la Corte es la entidad que, en definitiva, decide sobre la admisibilidad del recurso y precisamente para ello se abre el debate previo que señala el artículo 563 del Código de Procedimiento. Pero también es innegable que la misma ley le otorga al Tribunal la facultad de conceder o no dicho recurso. Y tan evidente es esto que si lo niega, la parte respectiva puede recurrir de hecho ante la Corte para que lo admita, si es el caso.

2.—En el proceso se dejó claramente establecido que el acusado N. N. causó las lesiones personales en exceso de legítima defensa. Y como el delito imputado se encajó en el inciso 2º del artículo 373, cuya pena máxima es de seis años de prisión, de esa cantidad hay que restar la mitad, por concepto de la ameritada circunstancia modificadora (exceso). Y entonces, en el caso sub judice, la sanción más grave que le corresponde a las lesiones es la de tres años, que no alcanza, por lo mismo, al límite de cinco que exige el artículo 557 del C. de P. P. para admitir el recurso de casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, veintinueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra)

Vistos:

El señor defensor de Luis Meléndez Pérez ha recurrido de hecho para que la Corte le conceda el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, de fecha 24 de mayo de este año, que condenó al procesado a la pena principal de seis meses de prisión, como responsable del delito de lesiones personales. Dicho recurso lo negó el Tribunal en providencias de fechas 25 de junio y 23 de julio del mismo año.

Llenadas las formalidades de los artículos 513, 514 y 516 del Código Judicial, en relación con el 193 del de Procedimiento Penal, pasa la Sala a resolver.

Dos razones invoca el señor defensor: 1ª Que, de acuerdo con el artículo 561 de la Ley 94 de 1938, al Tribunal sólo le corresponde conceder el recurso de casación contra las sentencias que son susceptibles de él, pues le está vedado decidir "sobre la admisibilidad de ese recurso", cuestión que es privativa de la Corte, según el artículo 563 de aquella ley. 2ª Que el delito por el cual se ha sancionado a Meléndez se halla previsto en el artículo 373, inciso 2º, del Código Penal, norma que señala una pena máxima de seis años de prisión, y, por lo tanto, admite el recurso extraordinario, en los términos del artículo 557 del estatuto procesal.

Se considera:

Cierto que la Corte es la entidad que, en definitiva, decide sobre la admisibilidad del recurso y precisamente para ello se abre el debate previo que señala el artículo 563 del Código de Procedimiento. Pero también es innegable que la misma ley le otorga al Tribunal la facultad de conceder o no dicho recurso. Y tan evidente es esto que si lo niega, la parte respectiva puede recurrir de hecho ante la Corte para que lo admita, si es el caso. Así lo dice expresamente el artículo 562 ibidem.

En consecuencia, por este primer aspecto, la solicitud del recurrente es infundada.

También lo es en lo que atañe al fondo de la negativa del recurso extraordinario.

En efecto, durante todo el curso del proceso (auto de excarcelación, auto de proceder y sentencias), se dejó claramente establecido que el acusado Meléndez causó las lesiones personales en exceso de legítima defensa (artículo 27 C. P.). Y como el delito imputado se encajó en el inciso 2º del artículo 373, cuya pena máxima es de seis años de prisión, de esa cantidad hay que restar la mitad, por concepto de la ameritada circunstancia modificadora (exceso). Y entonces, en el caso **sub judice**, la sanción más grave que le corresponde a las lesiones es la de tres años, que

no alcanza, por lo mismo, al límite de cinco que exige el artículo 557 del Código de Procedimiento Penal.

Ese fue el criterio que adoptó el Tribunal para rechazar la casación; y es cabalmente el que tiene sentado la Corte en situaciones semejantes. Conviene transcribir la jurisprudencia, que dice así:

"Cuando el citado artículo (557 C. de P. P.) exige que el ilícito tenga señalada "una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo sea o exceda de cinco años", se está refiriendo cabalmente a un hecho punible determinado, por la sencilla razón de que en cada capítulo de la parte especial del estatuto represivo se contemplan diversas acciones delictivas que se hallan reprimidas con distinta cuantía de pena, y entonces hay que concretar cuál es la sanción que debe tenerse en cuenta para admitir el recurso de casación.

"Y ello no puede hacerse sino ateniéndose a la clase de delito que fue materia del debate y de las sentencias de los juzgadores, precisamente porque ese delito individualizado y específico fue el que determinó al Tribunal a aplicar precisas disposiciones penales, que son las normas acerca de las cuales debe versar más tarde la demanda de casación en orden a desquiciar el fallo impugnado ante la Corte. El delito de que trata el juzgamiento es uno en sus elementos constitutivos y en sus modalidades particulares, y no puede, por lo mismo, desnaturalizarse para los efectos de concretar la pena que requiere la admisibilidad del recurso de casación. Al resolver sobre ésta, se toma el todo indivisible del suceso criminoso, relacionando la sanción base con las complementarias pertinentes, en la hipótesis de que operen circustancias modificadoras de la responsabilidad, ya sean atenuantes o agravantes". (Auto de 10 de diciembre de 1954. GACETA número 2149, página 358).

Ya antes había expresado la Sala:

"El máximo de cinco años o más a que alude el artículo 557 del estatuto procesal y a que debe atenerse la Sala para admitir o desechar el recurso, no es el indicado en la legislación positiva para los delitos **in genere**, sino el imponible en el caso **sub judice**. Otra cosa es que, admitido el recurso con base en ese máximo, la pena deducida en la sentencia que se ha recurrido aparezca ilegalmente aplicada, extremo que determinará la casación del fallo acusado.

"Es esta la interpretación que consulta mejor, por lo demás, la naturaleza del recurso, que no fue instituído en defensa de la ley considerada en abstracto, sino de la ley en el momento de ser aplicada al caso concreto, que es cuando pueden ocurrir las circunstancias previstas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que dan lugar a la casación". (Fallo de 21 de septiembre de 1954. GACETA número 2146, página 761).

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara bien degenado el recurso de casación interpuesto por el defensor de Luis Meléndez Pérez contra la mencionada sentencia del Tribunal Superior de Pasto.

Comuníquese a dicha entidad lo resuelto en esta providencia, de la cual se le transcribirá el encabezamiento y la parte resolutiva.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Jordán Jiménez — Jesús Estrada Monsalve — Domingo Sarasty M. — Luis Zafra — Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

LA CORTE REVOCA SENTENCIA DEL TRIBUNAL Y ORDENA DEVOLVERLE EL JUICIO, SOBRE DOMINIO DE UNAS MINAS Y EXCLUSION DE TERRENOS DADOS EN CONCESION, PARA QUE FALLE EN EL FONDO

1.—Analizando de cerca lo que ocurre cuando un propietario privado se considera lesionado en sus derechos por el contrato que celebra la Nación, ya sea para explorar y explotar petróleos en terrenos que aquel juzga de su dominio privado, o para explorar y explotar minerales contenidos en terrenos en que el interesado alega tener derechos preferenciales, la controversia no tiene como origen el contrato mismo que la Nación haya celebrado, sino el derecho del propietario que se ve ante el peligro de que se le desconozca. El vocablo PROVENIENTE, derivado del verbo PROVENIR, no puede tener sentido distinto del que le señala el diccionario de la lengua, según el cual el verbo provenir significa "nacer, proceder, originarse una cosa de otra como de su principio". Según esto el derecho cuyo reconocimiento pretende el particular, frente a una concesión minera o petrolífera no nace, ni procede, ni se origina como de su principio, del contrato celebrado por la Nación, sino justamente de actos o hechos jurídicos distintos y anteriores al contrato. Precisando el pensamiento se puede afirmar que cuando el artículo 40 del Código Judicial habla de controversias provenientes de contratos, está significando controversias cuya causa reside en el contrato.

2.—La competencia exclusiva de la Corte para conocer de los juicios contra la Nación, por razón de contratos, no sólo comprende los juicios que puedan proponer los contratantes contra la Nación o viceversa, sino también los promovidos por terceros que pueden comprobar su interés jurídico en relación estrecha con el contrato.

3.—De acuerdo con las normas especiales que regulan las oposiciones a las concesiones mineras, (Ley 85 de 1945) y también con las disposiciones de las Leyes de petróleos, 37 de 1931 y 160 de 1936 antes de ser modificadas por la Ley 18 de 1952 y el Decreto número 1056 de 1953, se le vino a dar competencia indiscutible a los tribunales superiores de distrito judicial, para conocer de las demandas que pudieran presentar los propietarios particulares de minas o de terrenos que consideran vulnerados sus derechos con los contratos celebrados por la Nación, para explorar y explotar petróleo o para explorar y explotar yacimientos de metales preciosos o de metales no preciosos o sustancias minerales no metálicas de la reserva nacional.

4.—Cuando un propietario privado invoca su condicion de tal, frente a concesiones mineras o petrolíferas, la exclusión del terreno o de la mina que él alega como propios, es puramente consecuencial y, por tanto, no puede sostenerse la tesis de que la controversia tenga su origen en el contrato celebrado por la Nación, el cual sólo queda como mera ocasión para el pleito.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, diez y seis de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Luis Enrique Cuervo A.)

RESULTANDO:

1.—El señor Gilberto Moreno Restrepo, diciéndose vecino de Bogotá, y de tránsito en Popayán, alegando, de un lado su interés en calidad de co-propietario en las minas de oro y otros metales denunciables, denominadas "La Sonrisa", "El Sinaí" y "Hatoviejo", y las cuales se encuentran en el Municipio de Mercaderes, Departamento del Cauca y de otra parte, que el Gobierno Nacional celebró un contrato con

la Compañía Colombiana de Metales y Minas Limitada, para explorar y explotar minerales de blenda de zinc, en una zona de terreno, ubicada dentro del mencionado municipio de Mercaderes y también en el de Bolívar, del mismo Departamento del Cauca, contrato que fue perfeccionado el 20 de agosto de 1951 y al que precedió la aceptación de la propuesta número 603, en la cual se indicaron los linderos que permiten determinar la zona del terreno contratado, y por cuanto pretende el señor Moreno Restrepo que la zona de la concesión interfiere las minas de metales preciosos y otros adjudicables, cuya propiedad alega, demandó a la Nación para que, por los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía y en dos instancias, se reconociera que es dueño y poseedor regular, en comunidad con los señores Moisés y Napoleón Buriticá de las referidas minas de oro, cobre y otros metales denunciables, denominadas La Sonrisa, El Sinaí y Hatoviejo cuya extensión "no puede ser incluída dentro del contrato de exploración y explotación de minerales de blenda de zinc celebrado por la Nación con la Compañía Colombiana de Metales y Minas Limitada y debe, por lo tanto, ser excluída de la zona contratada", respetando así los derechos del actor.

2.—A la demanda, dirigida al Tribunal Superior de Popayán, se le dió curso por auto del 26 de marzo de 1953, ordenando pasarla en traslado al señor Fiscal quien la contestó oponiéndose, y ateniéndose a la prueba de los hechos que ni aceptó, ni negó. El juicio siguió su trámite normal, habiéndose recibido las pedidas por el actor, y los alegatos de las partes.

3. — Profirió sentencia el Tribunal con fecha 8 de octubre de 1954 y en ella, después de hacer el recuento de la demanda y de la contestación, despacha desfavorablemente las pretensiones del actor, sin llegar al estudio de la cuestión de fondo, considerando que se habían acumulado dos acciones distintas: la declarativa del dominio de las minas denominadas La Sonrisa, El Sinaí y Hatoviejo, y la de exclusión de los terrenos en que ellas están ubicadas, del área concedida a la Compañía Colombiana de Metales y Minas Limitada, por medio del contrato que ésta celebró con el Gobierno Nacional, el 20 de agosto de 1951

Fundamentando esta motivación la sentencia se expresa así:

"De conformidad con lo preceptuado por el inciso último del artículo 385 del C. de Minas, en caso de acumulación de acciones, se procederá como en los juicios comunes, según el Código Judicial. Ahora bien: para que dos o más acciones puedan acumularse es indispensable que se encuentren reunidos los requisitos establecidos por el artículo 209 del C. J., o sea: 1º Que el juez sea competente para conocer de todas. Con todo, si una o más acciones son de mayor cuantía, pueden juntarse a otra u otras de menor cuantía, prorrogándose la jurisdicción y siguiéndose, en su caso, la tramitación que corresponde a la de mayor cuantía. 2º Que puedan sustanciarse bajo una misma cuerda por seguir el mismo procedimiento judicial; y 3º Que las acciones no sean contrarias e incompatibles entre sí. Sin embargo, pueden proporcionarse subsidiarias o condicionalmente dos remedios contrarios, siempre que los derechos sean tales que no se destruyan por la elección o que por cualquier otro motivo no se consideren incompatibles.

"Como se ve, es base esencial de toda acumulación de acciones la circunstancia de que el juez sea competente para conocer de todas ellas. Aquí, este Tribunal tiene indudable competencia para conocer de la acción declarativa del dominio por cuanto figura como demandada la nación, en virtud de lo preceptuado por el numeral 1º del art. 76, 151 y 152 del C. Judicial.

"En cambio, el Tribunal de Popayán, carece de jurisdicción para conocer de la segunda acción que en forma acumulada se ha ejercitado, o sea de la de exclusión de los terrenos que fueron dados en concesión a la "Compañía Colombiana de Metales y Minas Limitada", porque una declaración de esta índole, implica a no dudarlo, restricción o recorte y afecta el alcance del contrato de exploración y explotación de minerales de blenda de zinc celebrado entre el gobierno nacional y la compañía concesionaria. En estos casos, tiene competencia exclusiva la Corte Suprema de Justicia para desatar estos negocios en armonía con la doctrina consagrada por la excepción a que hace referencia el numeral 1º del artículo 76 del C. J. y los artículos 40 del mismo Código, 40 del Decreto Nº 1343 de 1937 y 73 del Decreto Nº 805 de 1947".

4.—En el acto de la notificación apeló el apoderado de la parte demandante, y habiéndosele concedido el recurso por auto de 22 de octubre último, el expediente llegó a la Corte donde se surtió el trámite propio de la segunda instancia, durante el cual sólo se recibió el alegato del señor Procurador Delegado en lo Civil, pues aquella guardó silencio.

5.—El señor representante de la Nación encuentra bien fundado lo resuelto por el Tribunal

y recuerda "la nutrida y oportuna jurisprudencia de la H. Corte" que sustenta ese fallo en dos fundamentos irrebatibles, en concepto de la Procuraduría, a saber: primero, que se acumularon dos acciones distintas, la declarativa de dominio de las minas, de la petición primera, y la de exclusión de los terrenos, de las peticiones segunda y tercera; segundo, que esas dos acciones no pueden tramitarse bajo una misma cuerda pues en apoyo del fallo están los argumentos que se deducen del artículo 385 del Código de Minas, relacionado con los artículos 209, 76 numeral 1º, 151, y 152 y 40 del Código Judicial, entre otros textos aplicables.

Se considera:

Resultó, pues, que el Tribunal estimando haber en la demanda dos acciones, una del dominio de minas de metales preciosos, y otra de exclusión de ellas del contrato que celebró la Nación con una compañía, halló que era competente, para conocer de la primera, e incompetente, para decidir sobre la segunda; por estar reservada a la Corte en juicio de una sola instancia. Bastará así deslindar lo real de lo aparente para encontrar la clave de la adecuada solución.

Porque efectivamente parece como si estuviera en juego la norma excepcional del artículo 40 del C. J., no siendo ello así, y también parece como si el fallo apelado hubiera sido sentencia de fondo cuando en realidad es mera decisión de inhibitoria. Conviene dilucidar el primer punto, siguiendo el orden que acaba de expresarse, pues lo tocante con la competencia es fundamental y previo en todo proceso. Inmediatamente se tratará lo de la inhibitoria.

Se pregunta: Estará realmente en juego la aplicación del artículo 40 del C. J. porque la Nación contrató con la Compañía de Metales y Minas Limitada, la exploración y explotación de blenda de zinc en unos terrenos situados en el municipio de Mercaderes (Cauca), donde también tiene adjudicadas unas minas de oro, etc. el señor Gilberto Moreno Restrepo y éste pretende que se le reconozca la propiedad de ellas y que se excluyan, consecuencialmente, del objeto de dicho contrato? Conviene anotar y tener presente que el señor Moreno no se opuso cuando el contrato estaba en condición de propuesta y que él tampoco pretende derecho sobre el mineral contratado (blenda de zinc), sino sobre el oro, el cobre y los otros metales que le fueron adjudicados según los títulos que adujo al proceso.

Desde luego una concesión de esta clase, es decir, como la celebrada por la Compañía de Metales y Minas Limitada con la Nación, cabe holgadamente dentro del concepto de contrato a que se refiere el artículo 40 del C. J. Pero eso no basta. Se requiere comprobar que la controversia "provenga" del contrato mismo.

Analizando de cerca lo que ocurre cuando un propietario privado se considera lesionado en sus derechos por el contrato que celebra la Nación, ya sea para explorar y explotar petróleos en terrenos que aquel juzga de su dominio privado, o para explorar y explotar minerales contenidos en terrenos en que el interesado alega tener derechos preferenciales, la controversia no tiene como origen el contrato mismo que la Nación haya celebrado, sino el derecho del propietario que se ve ante el peligro de que se le desconozca. El vocablo **proveniente,** derivado del verbo **provenir,** no puede tener sentido distinto del que le señala el diccionario de la lengua, según el cual el verbo provenir significa "nacer, proceder, originarse una cosa de otra como de su principio". Según esto el derecho cuyo reconocimiento pretende el particular, frente a una concesión minera o petrolífera no nace, ni procede, ni se origina como de su principio, del contrato celebrado por la Nación, sino justamente de actos o hechos jurídicos distintos y anteriores al contrato. Precisando el pensamiento se puede afirmar que cuando el artículo 40 del Código Judicial habla de controversias provenientes de contrato, está significando controversias cuya causa reside en el contrato mismo. Ahora bien: estas controversias como las que se contemplan en el pleito que se estudia, no tienen su causa en el contrato el cual apenas constituye una ocasión para que la controversia surja; y si lógicamente no pueden confundirse las nociones de causa y de ocasión tampoco puede confundirse la naturaleza de la controversia que surge con ocasión de un contrato, de aquella que surge por causa del mismo contrato.

Entre las sentencias citadas por el tribunal **a quo** y por la Procuraduría Delegada en lo Civil se encuentra la de 28 de julio de 1938 en donde la Corte reafirmó su competencia exclusiva para conocer de los juicios contra la Nación, por razón de contratos, competencia que no solo comprende los juicios que puedan proponer los contratantes contra la Nación o viceversa, sino también los promovidos por terceros que pueden comprobar su interés jurídico en relación estrecha con el contrato. Esto está indicando que un

tercero también puede y debe demandar ante la Corte en única instancia a la Nación, por razón de un contrato, aunque él tenga ese carácter, es decir, de tercero, pero con la condición indispensable de que la controversia que se lleva al pleito tenga su origen en el contrato celebrado por la Nación como en el ejemplo de la hipoteca lo cual no ocurre cuando el contrato sea elemento puramente ocasional.

De acuerdo con las normas especiales que regulan las oposiciones a las concesiones mineras, (Ley 85 de 1945) y también con las disposiciones de las Leyes de petróleos, 37 de 1931 y 160 de 1936 antes de ser modificadas por la Ley 18 de 1952 y el Decreto Nº 1056 de 1953, se le vino a dar competencia indiscutible a los tribunales superiores de distrito judicial, para conocer de las demandas que pudieran persentar los propietarios particulares de minas o de terrenos que consideraran vulnerados sus derechos con los contratos celebrados por la Nación, para explorar y explotar petróleo o para explorar y explotar yacimientos de mentales preciosos o de metales no preciosos o sustancias minerales no metálicas de la reserva nacional.

En el caso especial de los petróleos no cabe duda de que antes de la vigencia del actual Código de la materia (Decreto Nº 1056 de 1953), expedido por autorización del artículo 23 de la Ley 18 de 1952, no correspondía a la Corte Suprema de Justicia en única instancia resolver sobre las demandas ordinarias de los presuntos propietarios privados del petróleo, que no se opusieron, dentro del término señalado para ello, a la propuesta del respectivo contrato y que después alegaban esa condición de dueños del terreno.

Otro tanto ocurre conforme al artículo 5º de la Ley 85 de 1945 cuando se dice que "el presunto dueño de los minerales o yacimientos materia de una propuesta que no formule oposición a ésta dentro del término señalado por el artículo 1º, perderá definitivamente su derecho si no inicia la acción ordinaria correspondiente dentro del término de un año, que se contará a partir de la fecha en que al concesionario le sea entregada la zona concedida". También conforme al artículo 6º de dicha ley "los dueños de minas situadas dentro de las zonas que sean otorgadas en concesión, y siempre que las estén explotando, podrán ejercer las acciones posesorias por perturbación o despojo, en las condiciones y términos establecidos por el Código de Minas, términos que comenzarán a contarse desde la fecha de la entrega de que trata el artículo 5º de esta Ley".

En el hecho no podría citarse un sólo fallo en que la Corte hubiera decidido que las pretensiones de un propietario privado, deducidas en juicio ordinario sobre petróleos según las Leyes 37 de 1931 y 160 de 1936, hubiera debido proponerse en única instancia ante la Corte Suprema de Justicia y no ante los tribunales respectivos. Otra cosa es ciertamente bajo el régimen de nuevo Código de Petróleos, porque en disposiciones especiales se eliminó el juicio de dos instancias y se dispuso que la Corte conociera en una sola de la respectiva controversia. Pero esto no porque debiera aplicarse el artículo 40 del Código Judicial, sino por otras razones a que obedece el régimen de la legislación actual de petróleos.

Conforme a estos principios se deja demostrado que el Tribunal de Popayán sí es competente para conocer de la demanda, tal como ella fue instaurada.

Resta examinar el problema de la relación procesal en sí mismo y en la forma como la despachó la sentencia apelada.

Por el primer aspecto es oportuno recordar la siguiente doctrina sentada por la Sala de Casación Civil de esta Corte en fallo del 12 de agosto de 1948 donde se lee:

"Cabe advertir que la generalización del concepto sobre ineptitud sustantiva de la demanda se presta a errores ocasionados a denegación de justicia. Aunque se hayan acumulado de hecho dos o más acciones sin tratarse de lo autorizado por el artículo 209 del C. J., la secuela del juicio en la claridad que arrojen las alegaciones y probanzas de las partes, puede permitir el fallo de una de aquéllas, y en tal evento lo procedente es establecer la escogencia y distribución a que estos elementos dan lugar a decidir el pleito en el fondo, en vez de pronunciar, con olvido de la economía procesal, sentencia inhibitoria que anula los esfuerzos, espectativa y erogaciones de los interesados. Naturalmente para ellos se empieza por suponer la posibilidad legal de aquélla solución" (G. J. pág. 706, Tomo LXIV).

A esto es pertinente agregar otra que sentó la misma Sala de Casación Civil en reciente fallo del 25 de septiembre de 1954 cuando dijo que si al examinar en concreto una actuación judicial se demuestra que la acción primordialmente ejercida de acuerdo con los hechos generadores y con las probanzas es de tal naturaleza que no se pueda dudar de cuáles fueron las intenciones y fundamentos invocados por el deman-

dante, su examen debe conducir a admitirla no obstante cualquiera deficiencia técnica relacionada con el requisito básico de los presupuestos procesales, pues entonces no se puede encontrar probada la que impropiamente se denomina temporal de petición de modo indebido, cuando en realidad existiría la falta de un presupuesto del proceso y no un medio exceptivo, que supone la acción deducida en juicio. (G. J. Nº 2446, página 676).

Según estas doctrinas tanto la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda como la de petición de modo indebido, constituyen la fuente de dos errores muy comunes, a saber: primero, el de confundir la falta de un presupuesto del proceso, con un medio exceptivo de fondo y segundo, la de, so pretexto de irregularidades formales, pronunciar fallo inhibitorio que implique denegación de justicia.

La sentencia que se examina, en su parte resolutiva, "declara probada la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda, y en consecuencia **absuelve** a la Nación de los cargos que en este juicio le fueron formulados".

Al interpretar esta decisión se echa de ver que fundándose la llamada excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda, dentro de la construcción de los motivos del fallo, fue preponderante la falta de un presupuesto del proceso que, según los citados motivos, consiste en la competencia del Tribunal para conocer de la que él consideró una de las acciones ejercitadas por la demanda. Según esto lo congruente con tal premisa hubiera sido abstenerse de un pronunciamiento sobre el fondo de la demanda y no llegar hasta absolver al demandado, lo cual supone e implica pronunciamiento de fondo.

Se pregunta ahora si en realidad la sentencia contiene motivación de fondo para absolver al demandado. La contestación, por lo que se ha visto, tiene que ser negativa, porque si bien es cierto que formalmente al declarar probada una excepción perentoria se impone la absolución al demandado, aquí ni esa excepción existe ni mucho menos se ha pronunciado el fallo sobre la acción respectiva la cual, con arreglo a las doctrinas citadas de la Sala de Casación Civil siempre supone que la acción logró deducirse en el juicio.

Demostrado como se deja que el fallo sólo es en apariencia decisorio, porque en la realidad es de inhibitoria, procede revocar la sentencia apelada. Para que el Tribunal entre a estudiar a fondo la acción deducida en el juicio, para la cual es competente y que nada tiene que ver con el fuero especial del artículo 40 del C. J.

Cuando, como se ha visto, un propietario privado invoca su condición de tal, frente a concesiones mineras o petrolíferas, la exclusión del terreno o de la mina que él alega como propios, es puramente consecuencial, por tanto, no puede sostenerse la tesis de que la controversia tenga su origen en el contrato celebrado por la Nación, el cual sólo queda como mera ocasión para el pleito.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia apelada y ordena devolver el proceso al Tribunal de origen para que se sirva fallar en el fondo, sobre las varias pretensiones de la demanda.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase.

Luis Enrique Cuervo A. — Aníbal Cardoso Gaitán — Néstor Pineda — Luis Rafael Robles, Conjuez. — El Secretario, **Jorge García Merlano.**

REIVINDICACION—PRUEBA DEL DOMINIO

1.—El heredero que ejercita la acción reivindicatoria sobre cosas hereditarias reivindicables que hayan pasado a terceros, debe probar la existencia del dominio en cabeza del causante y que es fundamental para que prosperen sus pretensiones.

2.—La prueba del dominio, alegada por un reivindicante, según conocida jurisprudencia de la Corte, debe constar, por lo menos, de la escritura registrada sobre traspaso del bien con anterioridad a la posesión del demandado y de un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados expedido de acuerdo con las exigencias comunes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintitrés de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A.)

A causa del recurso de apelación que el apoderado del señor Florentino Martínez C. interpuso contra la sentencia de 8 de octubre de 1954, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, revisa la Corte dicho fallo con el cual se le puso término a la primera instancia del juicio que el mencionado señor Martínez entabló contra la Nación para que ésta fuera condenada a restituírle una porción de terreno que forma parte de la finca denominada La Capilla, Municipio de La Unión (Nariño), terreno que fue apropiado por la entidad demandada para la carretera nacional La Unión-Taminango; o en su defecto que se ordenara el pago del valor de aquella zona estimada por el demandante en cinco mil ($ 5.000.00) pesos.

El demandante invocó su calidad de heredero testamentario del señor Agustín Martínez Leal y pidió que las declaraciones se hicieran a favor de la sucesión de este señor alegando implícitamente que el dominio de lo apropiado por la Nación pertenece a los bienes de la mortuoria del padre del demandante.

Alegó como hechos, además de los constitutivos de su calidad de heredero, los consistentes en la ocupación que los ingenieros constructores de la carretera hicieron de la zona reclamada con destino para aquella vía pública.

En la segunda instancia no se produjo ningún escrito que sirviera para sustentar el motivo que tuviera el apelante para reclamar contra la sentencia de que se habla. Solamente se recibió el alegato del señor Procurador Delegado en lo Civil quien hace la síntesis del pleito en la siguiente forma:

El señor Martínez propuso la acción en su calidad de heredero de la sucesión testada de quien fue Agustín Martínez Leal y para dicha herencia. En subsidio solicitó el pago para la herencia referida de cinco mil pesos o de la cantidad que llegare a establecerse en el juicio como valor de la indemnización del terreno reclamado. Dice el reclamante, para fundar su acción como hijo del señor Martínez Leal, que para construir la carretera de La Unión a Taminango ocuparon un sector o zona de los predios de su padre cuya restitución o pago correspondiente reclama. El Tribunal en fallo de 8 de octubre de 1954 absuelve a la Nación de los cargos formulados y fundamenta la sentencia en dos argumentos principales, a saber: 1º No se podría restituir la zona porque estaba ya afecta a un servicio público, según doctrina indiscutible; 2º Tampoco viene al caso el pago del terreno porque no se comprobó la propiedad sobre el mismo de Agustín Martínez Leal, causante del actor Florentino Martínez.

El señor Procurador en su alegato invoca la norma del artículo 946 del Código Civil relativa a la manera de configurar la acción de dominio cuyos cuatro elementos son: cosa singular reivindicable o cuota determinada de la misma; derecho de dominio en el demandante; posesión material en el demandado, e identidad entre la cosa que se pretende y la poseída, y cita algunos de los numerosos fallos en que la Corte ha consagrado el desarrollo de esta doctrina, por lo demás suficientemente conocida e indiscutible.

Anota también el señor Procurador Delegado en lo Civil, que las pruebas deficientes recibidas en la primera instancia no fueron mejoradas en la segunda y que el interesado se abstuvo de alegar ante la Corte a pesar de haber interpues-

to el recurso. Concluye pidiendo que se confirme la sentencia y se condene en costas al actor.

Se considera:

La sentencia apelada, después de hacer el recuento de la demanda y de su contestación, entra a decidirla después de anotar que el Tribunal es competente para conocer de ella y que se trata de una acción ordinaria contra la Nación y que implica restitución del terreno demandado o en subsidio, pago de la zona ocupada por la Nación para construir la carretera de que se ha hablado. Entre otras consideraciones expone el Tribunal, como lo anota en su alegato el señor Procurador, que en estas materias es fundamental acreditar la propiedad de la persona que reclama la restitución o el pago. Que en este caso el demandante no actúa para sus intereses particulares sino para los de la sucesión de su padre con respecto a la cual se limitó a traer a los autos una copia de la diligencia de inventarios y avalúo, practicada dentro del juicio respectivo, que está en el Juzgado del Circuito de La Unión y en donde no consta ningún dato acerca del origen del dominio de las fincas inventariadas, entre las cuales figura aquella a que pertenece el terreno que es materia del reclamo de la demanda, por haber sido ocupado y destinado por la Nación para una vía pública.

Es verdad que en la misma sentencia se dice que fue pedida en tiempo una copia de la escritura número 29 de 25 de enero de 1918, pasada ante la Notaría del Circuito de La Unión y por medio de la cual el demandante señor Florentino Martínez compró **acciones** y **derechos** en la sucesión de Agustín Martínez L. Agrega el fallo que esa prueba inoportunamente incorporada al expediente servirá para ser apreciada por el superior si los autos llegan a su estudio conforme a los artículos 597 y 598 del C. J.

Efectivamente en acatamiento a esta regla legal, se examina la copia de la escritura citada que se halla inmediatamente antes del texto de la sentencia que es materia del recurso y está de folios 14 v. a 15 del cuaderno principal.

Allí consta que el señor Salomón Martínez Caicedo, vecino del Distrito de La Unión cede y traspasa por medio de dicha escritura "al señor Florentino Martínez Cerón, también vecino de este mismo Distrito, casado y mayor de edad es a saber: todas las acciones y derechos sin reservarse nada que el compareciente otorgante tiene y posee en propiedad en los bienes sucesionales del que fue Agustín Martínez L., quien en su fallecimiento dejó sus bienes en este Distrito de La Unión y en el de Arboleda". Señala como origen del derecho que vende la cesión que a su turno le hizo el vendedor o cedente el señor Moisés Martínez Cerón por otra escritura que allí mismo se cita, y luégo viene la estipulación del precio y lo demás que usualmente se hace constar en esta clase de negocios. Pero esa escritura, no obstante haberse recibido con su nota de registro, no mejora en lo mínimo la prueba del dominio que se alega por el demandante, como perteneciente a su causante, para cuya herencia ejercita ésta acción revindicatoria.

Verdad que el artículo 1325 del C. C. reconoce que "el heredero podrá también hacer uso de la acción reivindicatoria sobre cosas hereditarias reivindicables que hayan pasado a terceros y no hayan sido prescritas por ellos".

Pero eso como es obvio, no dispensa al heredero que ejercita tal acción, del deber de probar la existencia del dominio en cabeza del causante y que es fundamental para que prosperen sus pretensiones.

También es cierto que la prueba del dominio, alegada por un reivindicante, según conocida jurisprudencia de la Corte, debe constar, por lo menos, de la escritura registrada sobre traspaso del bien con anterioridad a la posesión del demandado y de un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados expedido de acuerdo con las exigencias comunes.

Por falta de esa prueba la situación jurídica del demandante sigue siendo tan precaria como la encontró el Tribunal, cuya providencia debe mantenerse.

Hubiera tenido la Sala oportunidad para hacer otras consideraciones, relativas al derecho que existe para reclamar ante la justicia ordinaria contra las ocupaciones de hecho de la propiedad inmueble, realizadas por el Estado con destino a la construcción de obras públicas; pues sobre ello hay una reciente sentencia de la Corte Plena que declaró inexequible el artículo 269 de la Ley 167 de 1941, en cuanto reconoce la expropiación indirecta de esos bienes mediante la desposesión definitiva de su legítimo dueño, procedimiento que en sí mismo es un acto irregular expresamente prohibido por la Carta en sus artículos 30 y 33.

Pero la deficiencia radical anotada en este proceso, consistente en que el actor no hubiera lo-

grado acreditar su derecho hace inoficiosa la exposición de otros motivos fuéra de los expuestos que son suficientes al efecto.

Sentencia

Por tanto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA en todas sus partes la sentencia apelada.

Sin costas por no haberse causado.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Luis Enrique Cuervo A. — Aníbal Cardoso Gaitán — Roberto Goenaga — Néstor Pineda. — Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION ORDINARIA SOBRE PROPIEDAD DEL PETROLEO QUE PUEDA ENCONTRARSE EN LOS TERRENOS COMPRENDIDOS DENTRO DE LOS LINDEROS DE UNA PROPUESTA DE CONTRATO.—NECESIDAD DE DETERMINAR LA EXTENSION DE LAS TIERRAS OBJETO DE ADJUDICACION POR PARTE DEL ESTADO

1.—Quienes oportunamente ejercitaron el derecho de oponerse a la propuesta de contrato, pueden demandar a la Nación en juicio ordinario dentro de los dos años siguientes a la ejecutoria del fallo de la Sala de Negocios Generales que les haya sido adverso en el juicio breve y sumario a que daba origen la oposición misma. Sólo los opositores vencidos en ese juicio sumario pueden utilizar el término de dos años para litigar contra la Nación en juicio ordinario a fin de que se declare si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos objeto de la oposición, que a su vez se hallen comprendidos dentro de los linderos de la respectiva propuesta de contrato.

2.—Para que sea admisible la acción ordinaria sobre dominio del petróleo, cuando ha mediado sentencia previa en juicio breve y sumario, se requieren dos condiciones: identidad de objeto e identidad jurídica entre las personas de los litigantes. La identidad del objeto se refiere al inmueble en cuyo subsuelo pueda encontrarse el petróleo en disputa, de modo que no es viable la acción nueva si ella se refiere a terrenos distintos de los comprendidos en la oposición que fue decidida por la sentencia del juicio breve y sumario.

3.—En la comunidad de una cosa universal o singular, cada comunero tiene, en virtud de los atributos del dominio, derecho a ejercitar las acciones enderezadas a la conservación de la cosa común. Y la actividad del comunero con fines de conservación de la cosa común aprovecha a todos. Así lo tiene establecido en forma constante y reiterada la doctrina de la Corte en numerosos fallos. De manera que si uno de los comuneros presentó en tiempo su oposición a la propuesta de contrato, esa actividad aprovecha a los demás comuneros, hasta el punto de que estos últimos pueden legítimamente promover juicio ordinario dentro de los dos años siguientes a la ejecutoria de la sentencia pronunciada en el juicio breve y sumario a que dio origen la oposición.

4. — En numerosas sentencias la Sala de Negocios Generales de la Corte ha sentado la doctrina que ahora se ratifica de que "una cosa es la validez de un título y otra muy distinta la legitimidad de la extensión de las tierras que en un momento dado posea una persona con base en él. El fallo favorable sobre el valor legal de unos títulos no lo es, por sí solo, necesariamente, respecto a una área determinada con la cual dichos títulos se relacionan. Es esencial a la luz de los principios jurídicos y del derecho positivo la determinación del objeto sobre que recae el acto de enajenación y adjudicación por parte del Estado, de tierras que en virtud de ese acto pasan al patrimonio de los particulares. Como las adjudicaciones se hacen con el fin de traspasar y de adquirir porciones de tierra, es indispensable, para que el acto de la autoridad produzca efectos, que la extensión territorial se determine y concrete.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto veintinueve de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Néstor Pineda)

Dentro del término legal, el Municipio de Candelaria y otras personas formularon oposición a la propuesta número 134 presentada ante el Ministerio del ramo para explorar y explotar los petróleos de propiedad nacional que pudieran encontrarse en un globo de terreno ubicado en jurisdicción de los Municipios de Campo de la Cruz, Candelaria, Manatí y Repelón del Departamento del Atlántico. El Municipio de Manati

no presentó oposición dentro del término legal, de modo que el juicio breve y sumario se surtió ante la Sala de Negocios Generales, sin la concurrencia de Manatí, y fue decidido por sentencia fechada el 28 de noviembre de 1950, que declaró **infundadas** "las distintas oposiciones de que se ha hecho mérito en esta providencia, las cuales fueron formuladas a la propuesta de exploración y explotación de petróleos número 134 de la Compañía de Petróleos La Esmeralda de Colombia".

El 18 de abril de 1952, el Municipio de Manatí, afirmando ser condueño "de las tierras conocidas con el nombre de 'La Mancomunidad', presentó ante la Corte una demanda para que mediante los trámites de un juicio ordinario de única instancia y con audiencia del Procurador Delegado en lo Civil, en representación de la Nación, se declare que dichas tierras salieron legalmente del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873; que, en consecuencia, pertenecen a los municipios de Manatí, Candelaria y Campo de la Cruz, los petróleos, las minas de metales no preciosos y las sustancias minerales no metálicas que se encuentren en el subsuelo de aquellas tierras; que la Nación carece de derecho para aceptar propuestas o celebrar contratos para la exploración y explotación de aquellas sustancias y que, "en consecuencia, deben cancelarse los que se hayan celebrado con tal objeto; que la Nación debe restituir a los tres Municipios citados los cánones superficiarios, regalías o beneficios e indemnizarles todo perjuicio; y que sólo dichos Municipios "tienen facultad para adelantar perforaciones con taladro y explotar el petróleo, gases y demás hidrocarburos que se encuentren en dichas tierras, así como explorar y explotar los demás minerales que les pertenecen, al tenor de las peticiones de la demanda".

Desde su escrito de contestación a la demanda, el señor Procurador Delegado en lo Civil levantó el problema de si la oposición del Municipio de Candelaria beneficia al Municipio de Manatí, para los efectos del término dentro del cual deben proponerse estas acciones. Refiriéndose a la sentencia que decidió la oposición de Candelaria, dice que este municipio "al formular la oposición a la propuesta de la Compañía de Petróleos La Esmeralda de Colombia, **compareció en su propio nombre,** y no en el de la comunidad. ...Siendo ello así, la presentación de la oposición no puede aprovechar al actual demandante para los efectos del cómputo de la caducidad de la acción ordinaria que ejercitara, en los términos en que lo hace, es decir, partiendo de la ejecutoria del fallo en que se decidió la oposición del Municipio de Candelaria".

"Si pues —termina el Procurador— a la luz del artículo 5º, inciso final, de la Ley 160 de 1936, al presunto dueño del petróleo que no hiciere oposición administrativa le queda el derecho de demandar en juicio ordinario a la Nación dentro de los dos años siguientes a la fecha en que venció el plazo de sesenta días para presentar aquélla, síguese, en vista de lo antes observado, que la demanda ordinaria en referencia fue propuesta extemporáneamente, vale decir, después de haber precluído el término de caducidad bienal para intentarla".

En su alegato de conclusión presentado el 9 de julio de 1954, insiste el señor Procurador en que el término para que el Municipio de Manatí — que no fue opositor— presentara la demanda ordinaria que se estudia, estaba vencido desde el 17 de noviembre de 1946, según certificado del Ministerio de Minas y Petróleos que figura al folio 8 del cuaderno de Pruebas de la Nación.

Este juicio ha sufrido extraordinaria demora en su trámite debido a múltiples circunstancias: varios requerimientos al apoderado del Municipio demandante, restitución del término para la práctica de una inspección ocular, etc.; hasta el punto de que esta prueba se practicó después de vencido el término del traslado para alegar en conclusión, aunque antes de la citación para sentencia. El apoderado del municipio no alegó en tiempo, sino que aprovechó el traslado que se dio a las partes del dictamen pericial para referirse, entre otros puntos al relativo a la caducidad del término para proponer la acción ordinaria. Dice en lo pertinente el señor apoderado:

"Si la gestión de un comunero aprovecha a la comunidad, no era forzosa la presencia del comunero Municipio de Manatí en el proceso administrativo de oposición y luégo en el juicio breve y sumario que habría de desatar aquélla. Lo importante es que dicha oposición se hizo, en tiempo legal, en defensa de los intereses de esa comunidad, y que si un comunero podía y pudo hacer la oposición, legalmente, ese comunero u otro comunero, con tal de serlo, bien podía y pudo presentar, legalmente, la demanda ordinaria competente.

"Si los Municipios de Candelaria y Campo de la Cruz hicieron oposición en defensa de la comunidad que ellos tienen, junto con el de Manatí, sobre las tierras de la Mancomunidad, esa gestión aprovechó a la citada comunidad y bien pue-

de el comunero Municipio de Manatí intentar, a nombre de la comunidad así protegida, el presente juicio ordinario. Y esto lo habría podido hacer aún en caso —que no es de ahora— de que los otros comuneros no hubieran obrado especialmente en nombre de los otros condueños".

Ante todo debe la Sala estudiar la cuestión planteada por el señor Procurador, en vista de la especial reglamentación contenida en las leyes sobre la materia para las acciones que puede ejercitar el particular que se pretende dueño del petróleo que se encuentre en terrenos comprendidos por una propuesta de contrato admitida por el Gobierno. En efecto, conforme al artículo 5º de la Ley 160 de 1936, dentro de los sesenta días siguientes al cumplimiento de las formalidades de publicidad de una propuesta admitida por el Ministerio del ramo, toda persona puede oponerse al contrato. Si el interesado no hizo uso de su derecho a oponerse dentro de aquel breve término, tiene sin embargo dos años para intentar demanda ordinaria, contados desde cuando venció el plazo de sesenta días para presentar la oposición.

Por otra parte la oposición oportunamente formulada daba origen a un juicio breve y sumario ante la Sala de Negocios Generales de la Corte para que ésta decidiera si la oposición era o no fundada. Si este fallo es adverso al opositor, le quedaba al mismo el derecho de demandar en juicio ordinario a la Nación, dentro de los dos años siguientes a la fecha de la ejecutoria del fallo pronunciado por la Sala de Negocios Generales en el juicio breve y sumario. (Artículos 5º y 7º de la citada ley 160).

Resulta de aquí que vencido el citado término legal, sin que se hubiera formulado oposición o demanda en juicio ordinario contra la Nación, queda caducado todo derecho a debatir judicialmente la propiedad del petróleo que pueda encontrarse en los terrenos comprendidos dentro de los linderos de la propuesta de contrato admitida por el Gobierno. Pero quienes oportunamente ejercitaron el derecho de oponerse a la propuesta de contrato, pueden demandar a la Nación en juicio ordinario dentro de los dos años siguientes a la ejecutoria del fallo de la Sala de Negocios Generales que les haya sido adverso en el juicio breve y sumario a que daba origen la oposición misma. Sólo los opositores vencidos en ese juicio sumario pueden utilizar el término de dos años para litigar contra la Nación en juicio ordinario a fin de que se declare si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos objeto de la oposición, que a su vez se hallen comprendidos dentro de los linderos de la respectiva propuesta de contrato.

Por tanto, para que sea admisible la acción ordinaria sobre dominio del petróleo, cuando ha mediado sentencia previa en juicio breve y sumario, se requieren dos condiciones: identidad de objeto e identidad jurídica entre las personas de los litigantes. La identidad del objeto se refiere al inmueble en cuyo subsuelo pueda encontrarse el petróleo en disputa, de modo que no es viable la acción nueva si ella se refiere a terrenos distintos de los comprendidos en la oposición que fue decidida por la sentencia del juicio breve y sumario.

Aparentemente, no hay identidad jurídica entre Municipios diferentes como son el de Manatí, actor en el presente juicio, y los de Candelaria y Campo de la Cruz, opositores en el juicio breve y sumario. Sin embargo debe estudiarse, para los efectos que se analizan, cuál es la situación jurídica del Municipio demandante con respecto a los otros y al juicio breve y sumario, a propósito de la comunidad que el actor alega como generadora de la identidad jurídica entre los Municipios opositores y el Municipio actor en el presente juicio ordinario.

En la sentencia del juicio breve y sumario, copia de la cual fue traída a los autos a solicitud del señor Procurador Delegado en lo Civil, se dice que el Municipio de Campo de la Cruz, por una parte, se opuso a la propuesta de contrato en lo referente al globo de terreno denominado "Guaimaral y Flecha", y por otra parte, con respecto al globo denominado "Mancomunidad de Campo de la Cruz, Manatí y Candelaria", aquel Municipio se limitó a coadyuvar la oposición presentada por el de Candelaria.

Entre las pruebas producidas por el señor apoderado del Municipio de Manatí, se encuentra la copia expedida por el Ministerio del ramo de la oposición formulada por dicho apoderado en nombre del Municipio de Candelaria "en defensa de los legítimos intereses del común y Municipio de Candelaria sobre sus globos de terreno llamados "Santo Domingo" o "Los Caraballos" y "Gallego", así como también sobre la parte que, en su calidad de comunero, corresponde a este Distrito sobre el globo llamado "Mancomunidad de Campo de la Cruz, Manatí y Candelaria", en relación con los suelos, subsuelos y petróleos e hidrocarburos que en ellos se encuentren".

Hay identidad de objeto en las dos demandas;

la de oposición del Municipio de Candelaria y la ordinaria que se estudia del Municipio de Manatí; el petróleo que pueda encontrarse en las tierras llamadas por el actor "Mancomunidad de Campo de la Cruz, Manatí y Candelaria". Y del hecho de que el objeto de los dos juicios sea una comunidad, se concluye, según el demandante, que hay también identidad jurídica de litigantes.

La comunidad de una cosa universal o singular, reglamentada por el Capítulo 3º, del Título 33, Libro IV del Código Civil, no tiene una personalidad jurídica propia y distinta de la de cada uno de los condóminos; la comunidad no es una persona jurídica con capacidad para ser parte, no es un ente con aptitud jurídica para ser titular de derechos y obligaciones. Pero como el derecho de cada comunero existe en todas y cada una de las partes de la cosa común, sin estar radicado, de modo exclusivo, en ninguna de esas partes, cada comunero tiene, en virtud de los atributos del dominio, derecho a ejercitar las acciones enderezadas a la conservación de la cosa común. Y la actividad del comunero con fines de conservación de la cosa común aprovecha a todos. Así lo tiene establecido en forma constante y reiterada la doctrina de la Corte en numerosos fallos. De manera que si uno de los comuneros —el Municipio de Candelaria— presentó en tiempo su oposición a la propuesta de contrato, esa actividad aprovecha a los demás comuneros, hasta el punto de que estos últimos pueden legítimamente promover juicio ordinario dentro de los dos años siguientes a la ejecutoria de la sentencia pronunciada en el juicio breve y sumario a que dio origen la oposición.

De aquí que la relación jurídico procesal entre el Municipio de Manatí y la Nación se halle formalizada legal y oportunamente, por lo cual procede el estudio de las otras cuestiones que forman los presupuestos de esta clase de acciones.

Con respecto a la propiedad del globo de terreno llamado en la demanda "Mancomunidad de Campo de la Cruz, Manatí y Candelaria" dijo la Sala en la sentencia del juicio breve y sumario, que "consta en los documentos protocolizados por la escritura número 231 de 10 de mayo de 1897 de la Notaría de Cartagena que la Corona Española, por medio de sus representantes, adjudicó a los vecinos de los sitios de Real de la Cruz (Campo de la Cruz actualmente), Candelaria y Manatí trece caballerías, tres fanegas, seis almudes y una cuartilla de tierra en la penúltima década del siglo XVIII, con el lleno de todas las formalidades exigidas en la época: mensura y avalúo de las tierras; remate en pública subasta; aprobación del remate por el Juez Privativo de Tierras; confirmación de la venta por el Tribunal de Real Hacienda de Cartagena; y entrega o posesión de las tierras".

"Para la Sala —continúa dicha sentencia— los títulos de esta oposición, anteriores al 28 de octubre de 1873 son indudablemente idóneos respecto del Estado, en relación con el globo llamado 'Mancomunidad del Campo de la Cruz, Manatí y Candelaria', porque la venta hecha por la Corona Española a los vecinos de estos sitios se ajustó a todas las prescripciones vigentes en la época y de modo especial a la Real Instrucción de 1754. Mas si no hay objeción que formular a los títulos en sí mismos, no puede decirse otro tanto acerca de la determinación real y objetiva de los terrenos a que ellos se refieren ya que dentro del presente juicio no se practicó la inspección ocular pedida con tal objeto, no obstante las observaciones oportunamente formuladas por la Sección Técnica del Ministerio de Minas y Petróleos".

En el presente juicio ordinario se trajo como prueba la citada escritura número 231 de fecha 10 de mayo de 1897 otorgada en la Notaría de Cartagena, mediante la cual fueron protocolizadas las diligencias relativas a la venta en pública subasta de las tierras que hoy llama el apoderado del Municipio de Manatí con el nombre de "Mancomunidad de Campo de la Cruz, Manatí y Candelaria"; en estas diligencias se copian y pormenorizan todas las etapas del proceso efectuado ante don Francisco de Berrío, abogado de la Real Audiencia y Juez Privativo de Tierras de Cartagena, a iniciativa de don Lino González del Río el 6 de septiembre de 1784. Previa mensura y avalúo de dichas tierras que se efectuaron en el mes de abril de 1785, nombrado Fiscal de la causa el doctor Nicolás de Zubiría y Martínez de León, el Juez, en providencia de febrero 7 de 1786 ordenó pregonar las tierras tanto en Cartagena como en el sitio del Real de la Cruz. Consta en las diligencias que en una y otra ciudad se llevaron a cabo los pregones en treinta días consecutivos. El 30 de junio de 1786 el Juez aprobó el remate "a favor de los vecinos del Real de la Cruz, Candelaria y Manatí" y ordenó pasar el proceso al Tribunal de Hacienda para su confirmación. El 1º de agosto del mismo año el Procurador Matías Carracedo "a nombre de sus partes exhibió Nº 130.00—siete reales, importe de las trece caballerías, tres fanegas, seis almudes y una cuartilla de tierra que se remataron a favor

de sus partes". Hecho este pago el remate fue confirmado por auto del 12 de agosto del mismo año de 1786.

Antes de poner en posesión a los rematantes don Manuel Roca como apoderado de los vecinos del sitio de San Luis Beltrán de Manatí pidió que por no convenirles vivir en comunidad se dividiesen y deslindase las tierras, petición ésta que no prosperó y en cambio el Juez de la causa, en providencia de marzo 29 de 1786 ordenó se despachara el título con la inserción necesaria.

Posteriormente el mismo Juez Privativo de Tierras, en providencia fechada "en esta muy noble y leal ciudad de Cartagena de Indias en diez días del mes de mayo de mil setecientos ochenta y siete, da por vendidas las trece caballerías, tres fanegas, seis almudes y una cuartilla de tierra contenidas en este título a favor de los vecinos del Real de la Cruz, Candelaria y Manatí con derecho de propiedad, dominio y señorío útil, directo y posesorio para ellos, sus herederos y sucesores que ahora son y por cuanto fueron adquiridos con justo título y haber cumplido con todas las partes y calidades de su cargo y en su consecuencia puedan venderlas, gravarlas, enajenarlas en parte y todas en forma igual y con tal de no hacerlo en favor de iglesia, monasterio o persona eclesiástica so la pena de su perdimiento".

En el sitio de Real de la Cruz don Pablo José Torregrosa y Escalante, Capitán a guerra, Justicia Mayor, Juez Ordinario y Comisionado por el señor Juez Privativo de Tierras, dio posesión a los vecinos del Real de la Cruz, Manatí y Candelaria de las tierras que habían sido rematadas por ellos, diligencias de amojonamiento, deslinde y posesión que terminaron el día 7 de julio de 1787.

Los documentos protocolizados tienen una nota según la cual fueron registrados en el Libro respectivo de la Jefatura Política del Cantón de Sabanalarga el 8 de abril de 1847. La escritura de protocolización aparece registrada en las Oficinas de Registro de Cartagena y Sabanalarga en 1897.

Durante la inspección ocular, el apoderado del Municipio de Manatí presentó un certificado del registrador de Instrumentos Públicos de Sabanalarga en que consta que el Registro de la escritura de protocolización ya citada se halla vigente por no haber sido cancelado por ninguno de los medios indicados en el artículo 789 del C. C.

Con la asistencia del señor Procurador Delegado en lo Civil, de los peritos señores Joaquín Aurelio Sánchez y Juan Berdugo Sourdis y del apoderado sustituto de la parte demandante, el Tribunal Superior de Barranquilla, comisionado al efecto por esta Sala, practicó una inspección ocular sobre el terreno, diligencia que se llevó a cabo los días 25 de febrero, 4 y 5 de marzo del año en curso.

Partiendo de la población de Candelaria hacia el Oeste, pasando por la Ciénaga de "Sábalo", se localizó el punto denominado "Carreto", "el cual queda entre las ciénagas dichas".

Luego, desde la población de Campo de la Cruz, siguiendo en dirección Sur, después de haber recorrido diez kilómetros más o menos y desviando en dirección occidental unos setecientos metros, llegó el personal de la diligencia al potrero denominado "El Paraíso", de propiedad de José Ballestas, quien declaró que sólo tres o cuatro meses antes, "cuando estuvo allí un señor historiador recogiendo restos de antiguas civilizaciones", fue que supo que a esos terrenos los llamaban "Tío Domingo" y "Ciénaga de Rivera". Los testigos Juan J. Vega y Pedro Sanjuanelo Bonett declararon que desde hace más de cincuenta años conocían esos terrenos con el nombre de "Tío Domingo" y también con los de "Malambito" y "El Paseo". Se dice en el acta de la diligencia que identificado el "Potrero del Tío Domingo", regresó el personal de la comisión en la misma dirección hacia el Norte, hasta llegar a Boca de Caño de Piedra.

Después de recibir la declaración de los testigos Tomás Martínez Ramos y Juan J. Vega, "los representantes de las partes solicitan del señor Magistrado que prescinda de la identificación del punto denominado "Sanaguare Viejo", por tratarse de un punto natural, arcifinio, que aparece en todos los mapas de la Nación".

Utilizando un bote, la comisión partió de la ciénaga denominada "La Ensenada", en dirección Noroeste hacia el Caño de Rabón, entrando a la Ciénaga de Corterita, avanzando en dirección occidental y desde donde se divisa la población de Manatí como a una distancia de tres leguas, siguió avanzando hasta la Ciénaga Guinea. Se recibió al respecto el testimonio de los señores Juan J. Vega, Tomás Martínez, Mario Peñaloza y Cristóbal Fontalvo para identificar la llamada "Ciénaga Guinea".

Se siguió avanzando hacia "Caño Rabón", localizado según el testimonio de Juan J. Vega, Cristóbal Fontalvo, Tomás Martínez, Mario Peñaloza y Pedro Sanjuanelo.

Después del Caño Rabón, en dirección Oeste, fue localizado el punto llamado "Corral". "De

aquí se siguió hasta llegar a "Palmar del Tigre", y saliendo de este lugar con dirección general hacia el Este, se llegó al sitio denominado Boca Caimán, por indicación de los boteros y los testigos".

"Concluída la identificación de este punto, queda concluído el recorrido de las tierras objeto de la inspección ocular, cerrándose el polígono".

Según los peritos, a ellos se les pidió concepto: "1) Acerca de que dicho globo de terreno forma un polígono perfectamente conocido y fácilmente identificable; 2) Que dicho globo de terreno se encuentra comprendido dentro de los linderos generales de la propuesta número 134 de la Compañía de Petróleos La Esmeralda de Colombia".

Conceptuaron los peritos:

"Al punto 1)—De conformidad con la diligencia de inspección ocular, los vértices del polígono y puntos intermedios se determinaron mediante el concurso de testigos, haciendo recorridos en vehículo automotor y principalmente en canoa, pues la mayor parte de la superficie encerrada por el polígono está constituído por ciénagas. La figura determinada en esas condiciones forma un polígono irregular cerrado. (Ver plano adjunto del Departamento del Atlántico). Polígono localizado en línea roja... **El polígono determinado no es fácilmente identificable.** Solamente dos sitios pueden identificarse con alguna facilidad; estos son: **Candelaria** y **Carreto.** El resto de los sitios o parajes son **difícilmente identificables,** por la vaguedad que encierra su localización, con el concurso de testigos, ya que solamente de esta manera se pueden determinar en forma aproximada y muy relativa.

"Al punto 2)—Para este concepto hemos utilizado la copia o fotoscopia del plano de la propuesta número 134, adjunta al expediente. Sobre el plano adjunto del Departamento del Atlántico hemos localizado el rectángulo de la propuesta número 134 (línea negra). Deducimos que el plano de la propuesta se superpone **en parte**, al polígono determinado en la inspección ocular y que está localizado en color rojo, en el mismo plano adjunto del Departamento del Atlántico".

Por medio de auto de fecha 24 de mayo el Magistrado sustanciador, en ejercicio de la facultad que concede el artículo 719 del Código Judicial dispuso que los peritos explicaran y ampliaran su dictamen por cuanto en éste los expertos sostienen que "el polígono determinado no es fácilmente identificable; que solamente dos sitios pueden identificarse con alguna facilidad y éstos son Candelaria y Carreto; que el resto de los sitios o parajes son difícilmente identificables, por la vaguedad que encierra su localización, con el concurso de testigos, ya que solamente de esta manera se pueden determinar en forma aproximada y muy relativa".

En dicho auto se pidió a los peritos conceptuaran y explicaran si "no obstante lo anterior, quedaron o no determinados los varios puntos del polígono y si existe o no coincidencia entre esos puntos y los señalados en los títulos antiguos, protocolizados por medio de la escritura número 231 de fecha 10 de mayo de 1897, de la Notaría de Cartagena".

A los peritos se les concedió el término de diez días, contados desde la notificación personal que se les hiciera, para que ampliaran y explicaran su dictamen. Vencido este término el perito nombrado por la parte demandante señor Juan J. Berdugo se abstuvo de toda manifestación al respecto. El otro perito doctor Joaquín Aurelio Sánchez expuso:

"Los varios puntos del polígono quedaron determinados muy aproximadamente, de acuerdo con el testimonio de los testigos, pues la mayoría de ellos quedan situados en las Ciénagas, y el polígono así localizado se dibujó en línea roja sobre el plano adjunto del Departamento del Atlántico. No puede afirmarse una exacta coincidencia entre los puntos determinados sobre el terreno y los señalados en los títulos antiguos, precisamente por la dificultad que existe en su exacta localización ya que ésta no puede hacerse siguiendo datos precisos sobre rumbos y distancias sino utilizando las declaraciones de los testigos que se presentaron durante la práctica de la diligencia de inspección ocular. Por esta razón no puede afirmarse que exista la coincidencia exacta de los puntos sino solamente aproximada".

Observa la Sala que no se produjo en el juicio la plena prueba de la determinación precisa de las tierras en relación con los títulos coloniales aducidos como medio probatorio de la enajenación de las mismas tierras por las autoridades de la Corona Española. Ni la inspección ocular ni mucho menos el dictamen de los peritos constituyen al respecto plena prueba al tenor de lo dispuesto por los artículos 722, 723 y 730 del C. J., tanto por su falta de claridad y precisión como por la carencia de los necesarios fundamentos que les sirvieran de base.

En numerosas sentencias esta misma Sala ha sentado la doctrina que ahora se ratifica de que "una cosa es la validez de un título y otra muy distinta la legitimidad de la extensión de las tie-

rras que en un momento dado posea una persona con base en él. El fallo favorable sobre el valor legal de unos títulos no lo es, por sí solo, necesariamente, repecto a una área determinada con la cual dichos títulos se relacionen. Es esencial a la luz de los principios jurídicos y del derecho positivo la determinación del objeto sobre que recae el acto de enajenación y adjudicación por parte del Estado, de tierras que en virtud de ese acto pasan al patrimonio de los particulares. Como las adjudicaciones se hacen con el fin de traspasar y de adquirir porciones de tierra, es indispensable, para que el acto de la autoridad produzca efectos, que la extensión territorial se determine y concrete.

"Para que el fallo que debe pronunciar la Corte produzca el efecto que el legislador ha previsto, se hace indispensable establecer con precisión de qué terrenos se trata y sobre los cuales concretamente ha de declararse fundada la pretensión del interesado particular. Y como en el caso que se considera, los títulos presentados para probar que las tierras salieron del Estado antes del 28 de octubre de 1873 se remontan a las mercedes y composiciones mencionadas, la determinación del terreno que hoy se pretende como de dominio privado exige verificar que aquél se halla comprendido dentro del área que corresponde a los primitivos títulos. Lo esencial no era propiamente la ubicación de los terrenos comprendidos dentro de la demarcación indicada en el memorial (de aviso o de demanda), sino la ubicación de las porciones de terreno a que se refieren los títulos de mercedes y composiciones otorgadas por la Corona Española a favor de pretendidos causantes de los actuales dueños del inmueble. Sin ello no podrá saberse a ciencia cierta si tal inmueble se halla comprendido dentro del área que corresponde a los primitivos títulos". (G. J. número 1987).

En reciente sentencia de esta Sala que lleva fecha 9 de marzo de 1955 se reafirmaron aquellas doctrinas en los siguientes términos que en sí mismos sirven para resolver el caso que se estudia en el presente juicio.

"Es verdad que se practicó una inspección ocular en el juicio, durante la cual se reconocieron varios sitios, pero el estudio de los peritos no se refirió en modo alguno a la ubicación de las tierras indicadas en las mercedes, como tampoco se les interrogó sobre aquello. Hállase por tanto desprovisto el juzgador de elementos de juicio que lo ilustren en el particular y que sirvieran para deducir dónde se localizan las adjudicaciones coloniales".

"La conclusión a que se llega del precedente estudio sobre la determinación de los terrenos objeto de la demanda, es que nada se consigue para los fines de este juicio con saber que existen realmente las tierras a que se refieren los títulos actuales de los demandantes y que ellas hayan sido localizadas, como se pretende, por medio de la inspección ocular y dictamen pericial practicados, si no se puede relacionar esa propiedad particular con el origen que se le atribuye. En efecto, en el dictamen pericial no se estudió esa relación, ya que los peritos no tuvieron en cuenta para nada los títulos de los terrenos mercedados, limitando su labor a establecer la determinación de los linderos de la propiedad..., de acuerdo con los títulos posteriores a 1873, y más concretamente a la descripción de linderos hecha en el libelo de demanda".

No estando pues demostrada la determinación de los terrenos a que se refieren los títulos protocolizados por medio de la ya citada escritura número 231, la demanda no puede prosperar.

En virtud de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NIEGA todas las peticiones impetradas en la demanda del Municipio de Manatí, y en consecuencia absuelve a la Nación de todos los cargos formulados contra ella, en el libelo que es objeto de la presente decisión.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Luis Enrique Cuervo A. — Aníbal Cardoso Gaitán — Roberto Goenaga — Néstor Pineda — Jorge García Merlano, Secretario.

CUANDO UN INMUEBLE DE PROPIEDAD PRIVADA HA SIDO DEFINITIVAMENTE INCORPORADO A UN SERVICIO PUBLICO, NO PUEDE DECRETARSE LA RESTITUCION AL PROPIETARIO.—OBLIGACION DEL ESTADO DE PAGAR EL VALOR DEL INMUEBLE DE PROPIEDAD PARTICULAR QUE HA SIDO INCORPORADO AL PATRIMONIO PUBLICO

En numerosas ocasiones, la Sala de Negocios Generales, inspirándose en altos principios de conveniencia pública, ha sostenido la doctrina de que cuando un inmueble de propiedad privada ha sido definitivamente incorporado a un servicio público, no debe decretarse la restitución al propietario, para evitar los graves trastornos que la restitución produciría en el normal funcionamiento de los servicios públicos; pero en el bien entendido de que esta doctrina no significa ni puede significar un desconocimiento soslayado de la garantía constitucional de la propiedad privada ni entenderse como la consagración de un modo extralegal de adquirir el Estado bienes ajenos por fuéra de los cauces legales, sin indemnizar plenamente al propietario. De donde resulta que si el propietario reconocido como tal por la autoridad judicial competente no obtiene la restitución de su inmueble por las razones de conveniencia pública de que se ha hecho mérito, el derecho de dominio en sí mismo lleva implícita la correlativa obligación a cargo del Estado de pagar a aquél el valor del inmueble que se ha incorporado al patrimonio público.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales—Bogotá, septiembre ocho de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Néstor Pineda)

- I -

En el mes de mayo de 1944, la señora Dominga Dávila v. de Alvarez Correa, propuso ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla una demanda ordinaria contra la Nación para que se declarara de propiedad de la actora el inmueble denominado "Monigote", situado en jurisdicción del Municipio de Barranquilla, por la cabida y linderos señalados en la demanda, y para que, consecuencialmente, se condenara a la Nación a pagarle "el valor de la parte de dichos terrenos que ocupó para las obras del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, conforme a la apreciación en dinero de ese valor hecha con arreglo a la ley".

En los hechos 4, 5 y 6 de la demanda se dice:

"4.—El Gobierno Nacional, por decreto ejecutivo número 1656 de 1933, octubre 3, consideró como baldíos y destinó "al servicio público nacional para las obras de apertura de las Bocas de Ceniza, construcción del Terminal Marítimo de Barranquilla y servicios anexos" las zonas de terreno especificadas en dicho decreto, entre las cuales zonas estaba comprendido el inmueble denominado "Monigote";

"5.—El Gobierno Nacional, en desarrollo del decreto citado y para los fines que en él se indican, ocupó una parte del predio ("Monigote"), que tiene una superficie de 9 hectáreas con 2.090 metros cuadrados, según el plano número M E 122 levantado por la Interventoría de Bocas de Ceniza y Puerto Terminal de Barranquilla, que se acompaña a la demanda;

"6.—La zona ocupada por el Gobierno Nacional a que se refiere el hecho anterior, está comprendida dentro de los siguientes linderos: 'por el Norte, con propiedad que es o fue de Lascano & Cía.; por el Oriente, con el caño de la Ahuyama (según levantamiento practicado por Sir Alexander Gibb en 1935); por el Sur, con finca que es o fue de Correa & Heilbron; y por el Occidente, con terreno de la señora demandante".

Por sentencia de fecha 18 de junio de 1945, el Tribunal de Barranquilla decidió el pleito así:

"Declárase que es del dominio privado de la señora Dominga Dávila v. de A. Correa, por tener sobre él títulos inscritos que comprueban tradiciones de dominio, por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria, el inmueble denominado 'Monigote', situado en jurisdicción de este Municipio de Barranquilla y que se individualiza así: un lote de terreno cuya extensión superficia-

ria es de 34 hectáreas con 4.800 metros cuadrados alinderado como sigue:.....".

"Condénase a la Nación Colombiana, como consecuencia de la anterior declaración, a pagar a la señora Dominga Dávila v. de A. Correa la suma de noventa y dos mil noventa ($ 92.090.00) pesos moneda legal, como valor de la parte de los terrenos de propiedad de la citada señora, ocupados por el Gobierno Nacional, para la construcción de Bocas de Ceniza y del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla".

- II -

Por apelación del Fiscal del Tribunal, la Sala de Negocios Generales de la Corte, en sentencia que lleva fecha 30 de junio de 1948, "confirma la sentencia de primera instancia en la parte en que hace la declaración de dominio privado a favor del demandante —hoy su heredero— sobre el inmueble llamado 'Monigote', ubicado en Barranquilla; revoca la condena que allí se hace a cargo de la Nación al pago de la cantidad de noventa y dos mil noventa pesos moneda legal, como valor de los terrenos ocupados por el Gobierno Nacional para las obras del Terminal Marítimo y Fluvial de esa ciudad, y declara que el Tribunal mencionado y la Corte carecen de competencia para fallar la petición de la demanda en este punto".

Con respecto a la competencia, se dijo en el fallo de la Corte:

"No se puede hacer hoy una reclamación de esta clase, con causa en ocupaciones de hecho de la propiedad privada, sino ante la jurisdicción contencioso-administrativa, que tiene competencia privativa en el conocimiento. Existiendo tal jurisdicción especial para las controversias sobre el pago de una indemnización de esta clase, a ella está sometido el dueño de una propiedad inmueble que se ocupa por trabajos públicos nacionales; y por lo mismo, la vía de la jurisdicción judicial no puede ejercitarla. Comoquiera que se trata de reclamar indemnización de este género, es obligatorio el sometimiento a la jurisdicción especial prevista en la ley".

"Volviendo al pleito de que trata este juicio, la conclusión sobre incompetencia de la Corte en lo que mira a la acción indemnizatoria de perjuicios se impone como verdad jurídica no discutible. Sobre el reconocimiento de aquéllos, es claro que la justicia ordinaria no puede pronunciarse después de expedido el Código de lo Contencioso Administrativo actual, que dio al Consejo de Estado el conocimiento privativo en los juicios en que se reclaman indemnizaciones a cargo del Estado por causa de trabajos públicos nacionales (artículo 34, numeral 2º, Ley 167). En esta parte, el fallo de primera instancia debe ser revocado".

- III -

Cursando el juicio a que se refieren las sentencias precitadas, la señora Dominga Dávila v. de Alvarez Correa, vendió al señor Mauricio Alvarez Correa, por medio de la escritura pública número 4544, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá el 11 de octubre de 1945, los terrenos llamados "Monigote" y le cedió los derechos litigiosos referentes a los mismos terrenos.

El 8 de septiembre de 1951 admitió el Tribunal de Barranquilla una demanda presentada por el señor Mauricio Alvarez Correa contra la Nación para que se condene a ésta a restituírle la parte del inmueble "Monigote" ocupada por el Gobierno, en extensión de nueve hectáreas dos mil noventa metros cuadrados, por los mismos linderos indicados en la primitiva demanda de la señora Dávila de Alvarez Correa. También se pidió la restitución de frutos, desde el día en que el inmueble fue ocupado por el Gobierno hasta cuando se verifique la entrega.

Este segundo pleito fué decidido en primera instancia mediante fallo de fecha 27 de agosto de 1952, que la Corte anuló para que se dictara nueva sentencia con la firma de todos los Magistrados del Tribunal. En obediencia a lo resuelto por la Corte, el Tribunal Superior de Barranquilla pronunció en debida forma la sentencia de fecha 22 de febrero de 1954, en la cual resolvió:

"1º — Deniéganse las peticiones **primera** y **segunda** de la demanda promovida por el doctor Mauricio Alvarez Correa contra la Nación;

"2º—Condénase a la Nación a pagar al demandante el valor del lote de terreno de su propiedad que hace parte del predio denominado 'Monigote', ubicado en esta ciudad, lote que tiene una extensión superficiaria de nueve hectáreas y dos mil noventa metros cuadrados y está comprendido dentro de los linderos siguientes:.....

"3º—El precio o valor de dicho lote de terreno se fijará en incidente separado, mediante el trámite establecido en el artículo 553 del Código Judicial y teniendo en cuenta las consideraciones de la parte motiva de esta sentencia. Efectuado dicho pago, el demandante deberá transferir a la

Nación, por razón de él, sus derechos en el lote de terreno en referencia".

- IV -

Vino de nuevo el negocio a esta Sala en consulta de la sentencia y por apelación concedida al demandante. Surtido el trámite de la instancia, recibidos los alegatos de las partes, fueron éstas citadas para sentencia y señalado el diez y seis de agosto pasado para oírlas en audiencia pública.

El señor Procurador Delegado en lo Civil propone la excepción de cosa juzgada y sostiene que hubo extralimitación en la condena. Dice así: "La acción inicial, al igual que la segunda o actual, se trabó sobre los mismos terrenos, por el mismo demandante, la señora Dávila v. de Alvarez Correa —hoy su hijo heredero y cesionario— contra el mismo demandado —la Nación— por el mismo motivo —la ocupación de una parte del predio 'Monigote' para construcción de obras en el Terminal Marítimo—, y con los mismos fundamentos de hecho y de derecho.

"La H. Corte Suprema de Justicia en el primer juicio rechazó la petición indemnizatoria por la parte de terreno ocupado, por ser esa acción y decisión de competencia privativa del Consejo de Estado, a virtud de lo dispuesto por la Ley 167 de 1941, artículo 34, numeral 2º, y confirmó el fallo del Tribunal en lo concerniente a la declaratoria de dominio, de la totalidad del predio 'Monigote'.

"La nueva demanda pidió restitución de la parte ocupada. Pero el Tribunal resolvió por su cuenta desatender las peticiones del libelo, que negó, y en cambio condenó a la Nación al pago del valor del lote ocupado.

"Este punto, se repite, estaba nítidamente resuelto por la H. Corte y fue puesto de presente en oportunidad por el Fiscal del Tribunal y por el Magistrado doctor Tovar Daza, sin que ello valiera ante los señores Magistrados falladores, quienes resolvieron desconocer la cosa juzgada con insistencia inusitada y con violación de los artículos 473 y 474 del C. J.

"Con el agravante de que incurrieron en extralimitación o ultra petita, pues condenaron a lo que no se les había pedido ni en forma subsidiaria. Hubo, pues, también violación de los artículos 471, inciso 4º y 593 del C. J."

- V -

Para resolver se considera:

No se ve bien claro en qué funda el señor Procurador la excepción de cosa juzgada, porque según las copias de las sentencias del Tribunal de Barranquilla (junio 18 de 1945) y de la Sala de Negocios Generales de la Corte (junio 30 de 1948) la demandante señora Dávila de Alvarez Correa ejercitó una acción declarativa de dominio sobre la totalidad del inmueble denominado "Monigote" y pidió se condenara a la Nación a pagarle la parte ocupada con obras del Terminal de Barranquilla. La sentencia de primera instancia accedió a las dos peticiones de la demanda, haciendo la declaración de dominio y condenando al Estado a pagar al propietario la suma de $ 92.090. La sentencia de la Corte confirmó la declaración de dominio y revocó la de condena, porque en aquel entonces no tenía competencia la justicia ordinaria para conocer de las acciones indemnizatorias de perjuicios con motivo de trabajos públicos.

Ahora el demandante, en su calidad de causahabiente de la señora Dávila de Alvarez Correa, fundándose precisamente en su calidad de dueño de las mismas tierras, calidad ya reconocida por las dos sentencias anteriores, reivindica la parte del inmueble "Monigote" que el Gobierno tiene ocupada con obras del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla. Si algún efecto hubiera de reconocerse a la cosa juzgada en el presente litigio, debería ser el de obligar a la Nación demandada a respetar en cabeza del actor el dominio de la finca "Monigote" y de la parte de ésta a que se contrae el juicio.

No puede haber cosa juzgada en relación con la segunda parte del fallo recurrido, porque la sentencia de la Corte, pronunciada el 30 de junio de 1948, no negó al demandante el derecho a que se le pagara el valor de la finca de su propiedad que la Nación mantiene indebidamente en su poder, sino que se limitó simplemente a no decidir el punto por falta de competencia, por estar entonces atribuída a la jurisdicción de lo Contencios Administrativo por la ley 167 de 1941, que en lo pertinente ha sido declarada inexequible por la Corte Plena según sentencia de fecha 20 de junio del año en curso.

Evidentemente, en esta segunda demanda el actor no pidió expresamente se condenara a la Nación a pagarle el valor de la parte de su propiedad ocupada por el Gobierno con obras del

Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, sino que se condenara a la Nación a restituirle esa parte de su inmueble y a las prestaciones mutuas consiguientes.

Sería realmente contrario a toda regla de equidad y violatorio del principio constitucional consignado en el artículo 30 de la Carta que garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, el que después de once años de litigar contra la Nación se dejara al demandante, que tiene un claro derecho reconocido por sentencia ejecutoriada, en la extravagante posición de propietario sin ninguno de los atributos que el dominio conlleva conforme a las leyes civiles colombianas. El ostentaría una sentencia del más alto Tribunal de Justicia que le reconoce su carácter de propietario de un inmueble que el Estado posee pero sin que pudiera ni reivindicarlo, con el derecho que le reconoce el artículo 946 del Código Civil, ni obtener tampoco que se le pagara su valor. **Summum ius Summa iniuria.**

Pronunciada la sentencia de la Corte el 30 de junio de 1948, era deber legal del Estado restituir a su legítimo dueño la finca indebidamente ocupada por aquél o pagar al propietario el valor de la parte del inmueble que tenía ocupada con las obras del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla. En esa situación legal, el Estado no puede quedarse tranquilamente con lo ajeno, sin violar con ello claros preceptos constitucionales y legales.

En numerosas ocasiones esta misma Sala, inspirándose en altos principios de conveniencia pública, ha sostenido la doctrina de que cuando un inmueble de propiedad privada ha sido definitivamente incorporado a un servicio público, no debe decretarse la restitución al propietario, para evitar los graves trastornos que la restitución produciría en el normal funcionamiento de los servicios públicos; pero en el bien entendido de que esta doctrina no significa ni puede significar un desconocimiento soslayado de la garantía constitucional de la propiedad privada ni entenderse como la consagración de un modo extralegal de adquirir el Estado bienes ajenos por fuéra de los cauces legales, sin indemnizar plenamente al propietario. De donde resulta que si el propietario reconocido como tal por la autoridad judicial competente no obtiene la restitución de su inmueble por las razones de conveniencia pública de que se ha hecho mérito, el derecho de dominio en sí mismo lleva implícita la correlativa obligación a cargo del Estado de pagar a aquél el valor del inmueble que se ha incorporado al patrimonio público en las condiciones ya dichas.

Sobre estas bases, la sentencia recurrida resulta acorde con la doctrina comentada y con altos principios de justicia y de equidad consagrados en el artículo 30 de la Constitución y en el título 12 del Libro II del Código Civil. Se trajo a los autos con todas las reglas legales copia de la diligencia de inspección ocular y del dictamen pericial, que se produjeron en el primer juicio ventilado entre las mismas partes, documentos estos que tienen en la presente controversia el mismo valor de plena prueba que tuvieron en aquél. Por consiguiente, no es el caso de hacer uso de la facultad que al juzgador confiere el artículo 480 del Código Judicial para remitir a las partes a un nuevo y tercer juicio con el fin de liquidar por el procedimiento del artículo 553 del mismo Código Judicial lo que aparece ya liquidado por un medio probatorio eficaz como es el dictamen pericial. En esta parte la sentencia recurrida debe ser reformada.

Las demás prestaciones a que el propietario tiene derecho conforme a las reglas de los artículos 961 y siguientes del Código Judicial, se transforman en este caso en intereses legales desde la fecha en que fue pronunciada la sentencia de segunda instancia que confirmó la declaración de dominio en favor de la señora Dominga Dávila de Alvarez Correa.

- VI -

En virtud de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA los ordinales 1º y 2º de la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla con fecha 22 de febrero del año pasado; REVOCA el ordinal 3º de la misma sentencia y en su lugar RESUELVE:

La Nación Colombiana pagará al demandante señor Mauricio Alvarez Correa la cantidad de noventa y dos mil noventa pesos moneda legal ($ 92.090.00) como valor de la parte de la finca "Monigote" a que se refiere el ordinal 2º del fallo de primera instancia, dentro de los quince

(15) días siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia. Pagará también al demandante los intereses legales de dicha suma a partir del treinta (30) de junio de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), hasta el día del pago.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Luis Enrique Cuervo A. — Aníbal Cardoso Gaitán — Roberto Goenaga — Néstor Pineda — Jorge García Merlano, Srio.



DEMANDAS DE TERCERIA EN JUICIO EJECUTIVO. — ALCANCE DE LOS ARTICULOS 1065 Y 1066 DEL CODIGO JUDICIAL

De la atenta lectura de las disposiciones de los artículos 1.065 y 1.066 del C. Judicial se deduce fácilmente que la intención del legislador al dictar estas normas, no fue otra que la de procurar la mayor publicidad posible al hecho procesal de la admisión de la primera tercería, a fin de que toda persona que posea obligaciones exigibles contra la parte ejecutada, pueda hacer valer sus derechos en la respectiva ejecución. No se satisface esa voluntad implícita de la ley procedimental con la sola fijación del edicto dentro del recinto del Juzgado: es necesario, además, que el hecho sea conocido a través de la circulación de un periódico, por el mayor número de personas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, quince de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

El doctor Alvaro Ahumada se dirigió al Tribunal Superior de Bogotá en memorial presentado el 5 de noviembre de 1954, solicitando se le tenga como tercerista en el juicio ejecutivo que adelanta el Departamento de Cundinamarca contra Manuel Uribe Afanador y Humberto Arbeláez. A la demanda acompañó dos letras de cambio giradas contra el ejecutado Arbeláez y aceptadas por éste, que le fueron endosadas al tercerista por el girador señor Pedro E. Mariño Ospina, letras de plazo vencido y que importan cada una la cantidad de un mil pesos ($ 1.000.00) m. cte.

El Tribunal en providencia de primero de marzo del corriente año, con base en la información secretarial según la cual "después de desfijado el edicto en que se anunció la admisión de la primera tercería han transcurrido más de quince días, pero aún no han traído las publicaciones de él", informe que lleva fecha 17 de octubre de 1954, resolvió admitir la demanda de tercería del doctor Ahumada, "por reunir los requisitos legales", y dispuso que se hiciesen las publicaciones de que trata el artículo 1065 del C. Judicial.

Contra esta providencia interpuso recurso de apelación el apoderado del Departamento de Cundinamarca, recurso del cual vino a desistir ante esta Sala, según se ve en el auto de fecha 18 de julio último.

Por su parte el Dr. David A. Forero, apoderado del primer tercerista señor Marcelino Villabona, pidió reposición y en subsidio apelación, sosteniendo la tesis de que las publicaciones que deben hacerse del edicto de que trata el inciso 2º del art. 1065 ya citado, no tienen influencia alguna "en el término que la ley señala para que todo el que se crea con derecho a introducir una tercería lo haga precisamente dentro de la fijación del edicto y quince días más", término que considera perentorio. En otras palabras, que este término, prescrito en el art. 1066 del C. Judicial, nada tiene qué ver con la obligación de hacer publicar por tres veces "en un periódico del lugar en donde se sigue el juicio", y agrega el recurrente: "Seguramente mi poderdante ha cumplido con la exigencia del inciso 2º del artículo 1065, al hacer publicar copia de ese edicto, tres veces, en un periódico del lugar del juicio. Pero el no haberse presentado el ejemplar correspondiente no modifica la fijación del término señalado en la disposición antes transcrita.

El Tribunal, en auto de fecha 30 de marzo retropróximo, denegó la reposición impetrada. Sustenta su decisión en que el art. 1065 citado se compone de dos partes "que se complementan la una con la otra y, que por ello no pueden tomarse aisladamente, "de manera que no puede precluír el término para introducir tercerías mientras las publicaciones no se hayan hecho, porque si bastara la expiración del término de que habla el art. 1066 para no poder introducir tercerías, sobraría el inciso 2º del art. 1065".

Concedido el recurso subsidiario de apelación, y tramitado como ha sido en debida forma, pasa este Despacho a resolver mediante las siguientes consideraciones:

El término señalado por el Art. 1066 del C. Judicial para presentar demandas de tercerías, consagra un derecho que sólo puede ejercitarse cuando se han cumplido los ordenamientos del

art. 1065 de la misma obra, cuales son la fijación del edicto en que se anuncia la admisión de la primera tercería, edicto que ha de permanecer fijado durante 30 días en la Secretaría, y la publicación de una copia de ese edicto en un periódico de la localidad, órgano oficial del respectivo Departamento, o en el DIARIO OFICIAL.

De la atenta lectura de las disposiciones de los precitados artículos 1065 y 1066 del C. Judicial se deduce fácilmente que la intención del legislador al dictar estas normas, no fue otra que la de procurar la mayor publicidad posible al hecho procesal de la admisión de la primera tercería, a fin de que toda persona que posea obligaciones exigibles contra la parte ejecutada, pueda hacer valer sus derechos en la respectiva ejecución. No se satisface esa voluntad implícita en la ley procedimental con la sola fijación del edicto dentro del recinto del Juzgado: es necesario, además, que el hecho sea conocido a través de la circulación de un periódico, por el mayor número de personas.

Acierta, por tanto, el Tribunal cuando sostiene en el auto apelado, que mientras no se hayan hecho las tres publicaciones por la prensa, de que trata el inciso 2º del art. 1065 del C. Judicial, "no puede afirmarse que ha precluído el término para introducir tercerías."

Y como es evidente que al ejecutivo de autos no se ha allegado la prueba de haberse hecho las tres publicaciones del edicto visible al folio 5 del cuaderno Nº 3 por la prensa escrita ,resulta inmodificable la providencia recurrida.

Por lo expuesto, se CONFIRMA el auto materia del recurso de apelación de que se trata, y se ordena devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese y notifíquese.

Roberto Goenaga. — Jorge García Merlano

Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA. — ACCION QUE DEBE ENTABLAR EL PARTICULAR AFECTADO EN SU DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE UN INMUEBLE, EN CASO DE OCUPACION DE HECHO POR EL ESTADO

1.—La Sala considera que no tiene asidero legal ni jurídico la tesis de que para desatar los litigios ocasionados por una ocupación de hecho, deba procederse en la forma establecida para la expropiación directa, autorizada por el artículo 30 de la Carta.

Frente al hecho cumplido de la ocupación anterior de un inmueble sin los requisitos constitucionales y legales de la expropiación, se resuelve legalmente ante la justicia mediante el juicio ordinario que tienda a reivindicar la propiedad para su legítimo dueño. No por el procedimiento, inadmisible, de que el particular deba impetrar la declaración de utilidad pública o interés social de la obra que ha de ejecutarse o se ejecutó ya en su predio, y obtener que se promueba luego contra él un juicio de expropiación para lograr en el mismo que se reconozca la indemnización correspondiente. Esto dejaría a merced de la entidad pública la defensa particular del derecho de dominio. El propietario de un inmueble de que no está en posesión, puede reivindicar. Dentro de esta regla, es lícito que se coloque la persona que ha sido afectada por causa de ocupación de hecho que la ha privado de la posesión.

La acción pertinente, es pues, la consagrada en el título de la reivindicación, o sea la que tiene el dueño de una cosa de que no está en posesión para que el poseedor de ella sea obligado a restituirla, pero con la modalidad especial para casos como el de estos autos de que el inmueble no puede volver al dominio privado, por el servicio público a que se le destinó, sino que debe reconocérsele y pagársele a su dueño el valor que legalmente le corresponda. Así lo tiene definido la Corte en numerosos fallos.

2.—El cambio de nombre o razón social, la división del capital y demás reformas que se acordaron, no son de tal naturaleza, en la entidad social, que su cambio o modificación implique la disolución de ella o la desaparición de la persona jurídica creada por el contrato mismo, según se desprende de las normas que regulan la creación y extinción de las sociedades.

3.—En la sentencia de Sala Plena de fecha 20 de junio de 1955, no se trata de procedimiento alguno para los casos en que los particulares se vean obligados a la defensa de su derecho de propiedad, por ocupación de facto por el Estado con motivo de trabajos públicos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre veintiuno de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán)

Ante el Tribunal Superior de Barranquilla formuló el Banco Comercial Antioqueño, domiciliado en Medellín, demanda contra la Nación, a efecto de que por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía y en sentencia definitiva, se hagan estas declaraciones:

"1ª)—Que es de la exclusiva propiedad del Banco Comercial Antioqueño, sociedad anónima bancaria con domicilio principal en Medellín, el lote de terreno ubicado en jurisdicción de este municipio, en los terrenos denominados "La Loma", lote que tiene la forma de un rectángulo regular y que mide y linda así: Por el norte, mide ciento cuarenta y tres (143) metros y linda con predio que es hoy de "A. Noguera & Cía. Sucesores", ocupados por la Nación; Por el sur, mide ciento cuarenta y tres metros (143) y linda con terrenos de propiedad de Julio Angulo B.; por el Este, caño llamado de "Los Tramposos" en medio, con predio donde está construída la Fábrica de Licores del Departamento, mide por este lado sesenta y ocho (68) metros; y por el Oeste, linda con predio de propiedad de A. Noguera & Cía. Sucesores, y mide sesenta y ocho (68) metros.

2ª)—Con base en la declaración solicitada en el aparte inmeditamente anterior, pido condenen

a la Nación a restituir en especie a su legítimo propietario el Banco Comercial Antioqueño, una vez ejecutoriada la sentencia respectiva, el lote de terreno descrito en el punto anterior por las medidas y linderos allí especificados, o por las medidas y linderos que se acredite tiene actualmente durante el término probatorio de este juicio.

3ª)—En subsidio, y para el caso de que la Nación se hubiese puesto en imposibilidad de restituir la totalidad del lote, o alguna porción del mismo, ya sea por haberlo ocupado con obras del puerto, por los trabajos de canalización y ampliación del caño de "Los Tramposos" o por cualquiera otra causa, se le condene a restitiur en especie la porción cuya restitución sea posible y a pagar en dinero y de conformidad con el avalúo respectivo, aquella porción que no pueda restituir."

Los hechos que sustentan esta demanda se refieren en primer término al título de propiedad del banco demandante sobre el terreno, y a los que tuvieron los antecesores en ella; y en segundo lugar, a los decretos y resoluciones del gobierno nacional, por medio de los cuales éste consideró el globo general o isla llamada "La Loma" como baldío y como un bien fiscal respectivamente, y lo destinó al servicio del ejército, ocupándolo y desconociendo la propiedad privada.

Como fundamentos de derecho se invocaron las leyes 61 de 1874 y 48 de 1882, en lo pertinente. El título VII del Capítulo II; Capítulo 1º y 2º del Título XII, Capítulos 1º, 2º, 3º y 4o. del mismo Libro del Código Civil. Artículo 7º de la ley 200 de 1936; Artículos 734 y siguientes del Código Judicial.

A la demanda se acompañaron los documentos que acreditan la existencia del Banco y la personería de su gerente, una escritura registrada sobre reforma de los estatutos del mismo, varios títulos de adquisición del terreno objeto del pleito, un plano de la zona llamada "La Loma", y los certificados del Registrador de Instrumentos Públicos de Barranquilla sobre la suficiencia de los títulos exhibidos.

Admitida la demanda y corrido el traslado de ella al Fiscal de la Corporación, quien la contestó oponiéndose a la acción y formulando al propio tiempo la excepción perentoria de ilegitimidad sustantiva de la parte demandante, se abrió el juicio a prueba. Dentro de este término se allegaron nuevos documentos sobre la tradición del inmueble, se recibieron varias declaraciones sobre posesión, se adujeron los Diarios Oficiales en que corren publicados los decretos acerca de la destinación pública de la zona, y se practicó una diligencia de inspección ocular con intervención de peritos para determinar el bien y avaluarlo. Agotado el trámite de la instancia, el Tribunal falló el negocio con fecha 30 de marzo del presente año, en providencia cuya parte resolutiva dice:

"1º—Declárase no probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del actor propusta por el señor Agente del Ministerio Público;

"2º—Declárase que es propiedad del "Banco Comercial Antioqueño" el lote de terreno ubicado en el lugar denominado 'La Loma", del perímetro urbano de la ciudad de Barranquilla, lote cuyas medidas y linderos son los siguientes: (aquí los insertos en la demanda).

"3º—No se condena a la Nación a restituir materialmente al p r o p i e t a r i o el mencionado predio.

"4º—Condénase a la Nación a pagar al "Banco Comercial Antioqueño" el valor del lote de terreno individualizado en el ordinal 2º de esta parte resolutiva, con la obligación a cargo del citado Banco, de transferir a la Nación, en correspondencia de ese pago, el derecho de dominio del lote, extendiendo la respectiva escritura.

"La fijación del valor que la Nación debe pagar al "Banco Comercial Antioqueño" se hará dentro del procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial y ajustándose a las consideraciones hechas en la parte motiva de esta sentencia".

El Fiscal del Tribunal del conocimiento apeló de ella ante la Corte.

La segunda instancia ha sufrido el trámite pertinente, en el cual sólo se produjo alegato de conclusión de la Procuraduría Delegada en lo Civil. Se procede por tanto a fallar.

Se analizarán en su orden las dos cuestiones principales que la parte demandada ha planteado en las instancias del juicio en oposición a las pretensiones del demandante: la personería sustantiva de éste y la acción pertinente.

Personería

El señor Fiscal desde la contestación de la demanda dijo en relación con la personería del actor: '....debe anotar que fue el Banco Alemán Antioqueño el que adquirió el inmueble materia de la demanda en dación en pago que le hiciera la Empresa de Vapores Lindemeyer S. A., entre

otros bienes, y que no aparece de autos que el Banco, hoy llamado **Banco Comercial Antioqueño** haya adquirido ese inmueble; porque si es cierto que por Resolución de la Asamblea Gral. de Accionistas del Banco Alemán Antioqueño se transformó bajo la denominación de Banco Comercial Antioqueño, no aparece la transferencia de ese inmueble, porque al transformarse surgió una entidad con otra denominación, la que debió sucederse en el Activo y Pasivo de la entidad subrogada; y ante este fenómeno, los inmuebles debieron transferirse a esa nueva entidad." Y en su alegato de conclusión expresa: "....puede afirmar la Fiscalía que el acta de reforma y que convirtió al Banco Alemán Antioqueño constituído en Bremen (Alemania) en Banco Comercial Antioqueño, que determinó el número de acciones, que determinó el capital y que señaló la clase de acciones en que se dividía ese capital, fue un acto de constitución de una nueva entidad...."

Se considera:

De acuerdo con la escritura pública número 940 de 31 de marzo de 1942, de la Notaría 2ª del Circuito de Medellín (fs. 5 a 12 del cuaderno 1º), la asamblea general de accionistas del Banco Alemán Antioqueño reunida en sesión ordinaria el 28 de febrero y en extraordinaria el 18 de marzo de es año, "con el quorum reglamentario y por una mayoría de votos superiores a las dos (2) terceras partes de los que corresponden a las acciones emitidas, conforme lo requiere el artículo veintiseis (26) de los Estatutos vigentes, acordó introducir algunas reformas a los Estatutos que actualmente rigen el Banco, como aparece en el acta número treinta y nueve (39) sesión extraordinaria...." El acta, transcrita en el instrumento, dá cuenta de que se aprobó por unanimidad de las quince mil ocho acciones representadas en la asamblea la reforma estatutaria, con este considerando: "Que se hace preciso introducir algunas reformas a los Estatutos que rigen actualmente el Banco para acomodar éste a circunstancias especiales que han sobrevenido últimamente. Acuerda: Reformar, como en efecto reforma, aquellas disposiciones estatutarias en la forma y término que se expresan a continuación: "El preámbulo qudará así: El Banco Alemán Antioqueño S. A., organizado por el instrumento público número 721 de 5 de octubre de 1912, otorgado en Bremen, acto reformado después por varias escrituras, se llamará desde esta fecha en adelante **Banco Comercial Antioqueño** y se regirá por las disposiciones de los presentes estatutos." Se reformaron en efecto varios artículos —16 en total——. Tales reformas fueron aprobadas por la Superintendencia Bancaria en Resolución Nº 511 de 26 de marzo de 1942, inserta en la misma escritura por disposición legal.

Lo hecho por los accionistas del Banco Alemán Antioqueño, en las asambleas generales que se mencionan en el instrumento, no entraña legalmente la disolución de la sociedad o extinción de su vida jurídica. Por el contrario, tanto en su forma como en su contenido, tal acto es la reafirmación de sus existencia. El contrato social siguió vigente por voluntad de sus accionistas, en cuanto a lo que es esencial a tales sociedades: su objeto, su término, su haber social, su modo de liquidación, etc. El cambio de nombre o razón social, la división del capital y demás reformas que se acordaron, no son de tal naturaleza, en la entidad social, que su cambio o modificación implique la disolución de ella o la desaparición de la persona jurídica creada por el contrato mismo, según se desprende de las normas que regulan la creación y extinción de las sociedades. Importa anotar que la reforma llevada a cabo no trata de la **formación** del haber social, es decir, de la relación de los bienes que se incorporan al crearse una sociedad de esa naturaleza, sino que divide el monto de su capital en un determinado número de acciones. Razón ésta clarísima para demostrar que no era pertinente, en la reforma, hacer el traspaso de la propiedad inmueble que el Fiscal considera necesaria. Además, no estuvo en el ánimo de los socios disolver y liquidar la sociedad bancaria entonces existente para crear una nueva, y estos actos no pueden presumirse. La formación y la disolución se demuestran con el instrumento público que las recoge y con el cumplimiento de las solemnidades establecidas por la ley para esos casos, sin los cuales la sociedad sigue existiendo como persona jurídica y por ende comprometiendo su responsabilidad.

Las consideraciones que anteceden son suficientes para deducir, en acuerdo con el Tribunal, que la personería del Banco Comercial Antioqueño es legítima, por ser titular del derecho que reclama, adquirido con anterioridad a la reforma de los estatutos, según se desprende de la escritura pública número 83, de 30 de enero de 1934, Notaría 2ª de Barranquilla (fs. 26 a 32 del c. Nº 1), cuya suficiencia se acredita con el certificado del Registrador, visible al folio 45.

La acción

Las consideraciones que hace el señor Procurador Delegado en lo Civil en su alegato de conclusión, se refieren a la expropiación que él conceptúa ser lo que corresponde a los hechos aducidos en la demanda y debatidos a lo largo del proceso. Apoyado en tal concepto, hace la transcripción de varios apartes del fallo de Corte Plena, de 20 de junio último, que tratan sobre la materia, para reafirmar que la expropiación, de acuerdo con el artículo 30 de la Carta, apareja siempre el cumplimiento de estos requisitos: a) Definición legal sobre los motivos de utilidad pública o interés social; b) sentencia judicial; y c) indemnización previa. Anota luego que la ocupación de la propiedad privada por vías de hecho, con ocasión de trabajos públicos, es acto violatorio de la Constitución, no autorizado por el derecho colombiano sino prohibido expresamente por él. Y se pregunta a continuación: "Pero entonces, frente a un hecho cumplido, a una ocupación efectuada ya por la Administración, cómo debe procederse para mantener y salvaguardiar ese principio constitucional que consagra la tutela y garantía de la propiedad privada?" Contesta: "En tales casos, lo mismo que en la expropiación regular, tiene necesariamente que cumplirse con el trámite legal expropiatorio, con todos los requisitos señalados en el mismo artículo 30 de la Carta, auncuando sea con posterioridad a la ocupación de hecho, o **ex post** facto." Luego concluye que siendo el primero de los requisitos del procedimiento expropiatorio el de la declaración legislativa sobre el interés público o social en relación con las obras construídas o por construir en el inmueble de que se trata, y no existiendo esa definición para el caso del terreno objeto de este juicio, el fallo condenatorio para la Nación proferido por el Tribunal de primera instancia, "violó con ello la norma constitucional que informa el fenómeno de la expropiación". Y en consonancia con tal raciocinio termina solicitando la revocación de la providencia apelada, en cuanto se trata de la condena, para que en su lugar se absuelva de ella a la Nación.

Es verdad que los hechos que han dado origen a este pleito corresponden al fenómeno jurídico que la doctrina de algunos expositores ha denominado la expropiación indirecta o irregular. La Nación ocupó como suyas, para fines de servicio público, unas tierras que ahora varios particulares reclaman como de su propiedad. Pero la Sala considera que no tiene asidero legal ni jurídico la tesis de que para desatar los litigios ocasionados por una ocupación de hecho, deba procederse en la forma establecida para la expropiación directa, autorizada por el artículo 30 de la Carta. Ninguna parte del fallo de 20 de junio último, en que apoya sus razones el señor Procurador, puede interpretarse en tal forma. Esa decisión, ni expresa ni tácitamente alude al procedimiento que debe seguirse para esos casos. La mencionada sentencia de la Corte, al tratar la materia de las expropiaciones, sólo indica cómo debe proceder el Estado —nó los particulares— para dar cabal cumplimiento a los ordenamientos que consagran la garantía de la propiedad privada, cuando por motivos de utilidad pública o interés social se haga necesaria la expropiación: "el primero (de los requisitos) es la declaración legislativa, abstracta, general, impersonal, que consagra la primacía del interés público o social sobre el interés individual, que dá asidero y base legal al segundo período: la manifestación concreta de voluntad de la Administración, mediante la cual ésta decide adquirir los bienes necesarios para la obra que dio origen a la declaración de utilidad pública". Y al propio tiempo expresa la Corte que la expropiación por las vías de hecho, la ocupación de la propiedad privada con ocasión de trabajos públicos, sin el lleno de esos requisitos "es en sí misma un acto irregular expresamente prohibido por la Carta en sus artículos 30 y 33". Como se desprende fácilmente de lo transcrito, el fallo sólo tiende a recabar del Estado el recto ejercicio de la facultad constitucional de expropiación en el futuro, y determina la competencia de la rama jurisdiccional para conocer de los casos de expropiación indirecta. No se trata en esa decisión de procedimiento alguno para los casos en que los particulares se vean obligados a la defensa de su derecho a la propiedad, en caso de ocupación de facto por el Estado con motivo de trabajos públicos.

La cuestión que a sí mismo se plantea el señor Procurador, de cómo debe procederse frente al hecho cumplido de la ocupación anterior de un inmueble sin los requisitos constitucionales y legales de la expropiación, se resuelve legalmente ante la justicia mediante el juicio ordinario que tienda a reivindicar la propiedad para su legítimo dueño. No por el procedimiento,

inadmisible, de que el particular deba impetrar la declaración de utilidad pública o interés social de la obra que ha de ejecutarse o se ejecutó ya en su predio, y obtener que se promueva luego contra él un juicio de expropiación para lograr en el mismo que se reconozca la indemnización correspondiente. Esto dejaría a merced de la entidad pública la defensa particular del derecho de dominio. El propietario de un inmueble de que no está en posesión, puede reivindicar. Dentro de esta regla, es lícito que se coloque la persona que ha sido afectada por causa de ocupación de hecho que lo ha privado de la posesión.

La acción pertinente es pues la consagrada en el título de la reivindicación, o sea la que tiene el dueño de una cosa de que no está en posesión para que el poseedor de ella sea obligado a restituirla, pero con la modalidad especial para casos como el de estos autos de que el inmueble no puede volver al dominio privado, por el servicio público a que se le destinó, sino que debe reconocérsele y pagársele a su dueño el valor que legalmente le corresponda. Así lo tiene definido la Corte en numerosos fallos.

Propiedad y tradición del inmueble

Para acreditar la propiedad actual sobre el predio del litigio, el demandante agregó en oportunidad a los autos la copia registrada de la escritura pública Nº 83, de 30 de enero de 1934, Notaría 2ª de Barranquilla (fs. 26 a 32 del c. Nº 1), en que consta que adquirió dicho inmueble de la Empresa de Vapores H. Lindemeyer S. A., por dación en pago. El registro de la escritura en mención, conforme al certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Barranquilla, expedido el 22 de julio de 1953, se halla vigente y el inmueble libre de todo gravamen (fs. 45 del c. Nº 1).

A los autos se allegaron también, en forma legal, numerosas escrituras públicas debidamente registradas, que dan cuenta de la tradición ininterrumpida del inmueble por un lapso mayor de treinta años anteriores a su adquisición por el Banco (1934), y de dicha tradición dá cuenta el certificado de Registro visible a folios 33 a 45 del cuaderno Nº 1. El fallo de primera instancia relaciona pormenorizadamente esos títulos, como lo ha verificado la Sala, lo cual hace innecesaria una nueva enumeración.

A término del artículo 7º de la Ley 200 de 1936, aplicable al presente juicio, por debatirse en él el derecho de propiedad particular frente a la pretensión del Estado sobre el mismo inmueble, "Acreditan propiedad sobre la respectiva extensión territorial urbana, los títulos inscritos otorgados con anterioridad a esta ley en que consten tradiciones de dominio, por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria". Que el área del terreno sub-lite es urbana, lo demuestran los siguientes documentos, aducidos por la parte actora: un ejemplar de la Gaceta Municipal, Organo Oficial del Consejo de Barranquilla, debidamente autenticado, en el que corre publicada el Acta Nº 16, de la sesión del 22 de marzo de 1929, y en la cual aparece aprobada la resolución que concede a los señores Julio E. Gerlein y William Laad & Co. S. A. permiso para urbanizar los terrenos denominados Villanueva, ubicados en "La Loma" o "Barranquillita", con la obligación para los urbanizadores de destinar un lote de 6.400 metros cuadrados, conforme al plano adjunto, con destino a la construcción por parte del Municipio del edificio del mercado, y la formación de dos avenidas de 32 metros de ancho, y calles y carreras de 16 metros. Otro ejemplar autenticado de la misma "Gaceta Municipal" de 30 de enero de 1941, en que se inserta la Resolución número 3 de dicho año, cuyos considerandos en lo pertinente dicen: "Que por Resolución del día 22 del mes de marzo del año 1929, el Concejo Municipal de Barranquilla concedió permiso para urbanizar los terrenos denominados "Villanueva" ubicados en "La Loma" o "Barranquillita",..... Que según consta en la Escritura Pública Nº 1.152 otorgada en la Notaría Segunda del Circuito de Barranquilla, con fecha 25 de marzo de 1929, el Personero Municipal debidamente autorizado por el H. Concejo aceptó y recibió las calles y plazas de conformidad con las disposiciones legales....etc." En la parte resolutiva se autoriza al Alcalde y al Personero para hacer las modificaciones necesarias al plano de la urbanización, en orden al mejor desarrollo de aquel sector. Y por último, otro ejemplar de la Gaceta correspondiente al 18 de septiembre de 1948, que publica el Acuerdo Nº 16 de 1942 "Por el cual se fija el perímetro urbanizable de la ciudad, se establecen reglas sobre urbanismo y se dictan otras disposiciones", que trae los límites del perímetro de la ciudad,

dentro de los cuales, según el dictamen pericial de que más adelante se tratará, se encuentra el terreno llamado "La Loma" (f. 105 cuaderno de pruebas).

Hállase pues demostrado con los títulos y documentos que acaban de relacionarse, el presupuesto de la propiedad privada que la acción reivindicatoria exige para su prosperidad.

Identificación del predio

Durante el término probatorio del juicio se practicó una diligencia de inspección ocular, en asocio de peritos, al terreno objeto del juicio. Se identificó la zona de terreno llamada "La Loma", por los siguientes linderos: "por el norte, con el río Magdalena; por el sur, con el caño denominado "Los Tramposos"; por el este, con el río Magdalena, y por el oeste, con el caño denominado de Las Compañías. Acto seguido se identificó dentro de la zona anterior la porción de terreno que es objeto de la demanda, por estos linderos: "Por el norte, ciento cuarenta y tres (143) metros y linda con predios de A. Noguera & Cía. Sucesores; por el sur, ciento cuarenta y tres (143) metros, linda con terrenos de propiedad de Julio Angulo B.; por el este, caño llamado de Los Tramposos, en medio, con predio donde está construída la fábrica de Licores del Departamento; por este lado mide sesenta y ocho (68) metros; y por el oeste, linda con predio de A. Noguera & Cía. Sucesores, y mide sesenta y ocho metros. Por el lado este, parte del terreno lo forma el Caño de Los Tramposos." De acuerdo con el acta de inspección ocular, para la identificación de los terrenos se tuvieron presentes los planos, los diarios oficiales y las escrituras públicas que obran en el expediente. Los peritos en su dictamen expusieron: 1. El predio de la demanda se encuentra dentro de la zona delimitada primeramente "y forma parte del conjunto de los terrenos denominados "La Loma", del perímetro urbano de la ciudad. 2. El lote de terreno a que se refiere la primera parte del punto anterior, es el mismo descrito en la petición primera de la demanda. Es parte del lote número siete, adjudicado a Manuel Segundo Bula en la división y partición de los terrenos que fueron adjudicados proindiviso a los herederos de Manuel María Bula y Victoria Ojeda de Bula, (escritura Nº 519 de 7 de junio de 1915 fs. 16 a 22 del c. Nº 1), deducida de dicho lote la faja de terreno vendida por el adjudicatario Aníbal Segundo Bula a la sociedad A. Noguera & Cía. Es el mismo lote que Aníbal Segundo Bula vendió a "H. Lindemeyer & Cía.", según escritura pública número 690 de 12 de abril de 1922, Notaría 2ª de Barranquilla (fs. 46 a 47 c. Nº 1). Es el mismo lote que le fue dado en pago al Banco Alemán Antioqueño por medio de la escritura número 83 de 30 de enero de 1934, Notaría 2ª de Barranquilla —fs. 26 a 32 c. Nº 1— El lote de la referencia se encuentra libre de edificación y constituye en parte los patios del ejército del grupo de artillería La Popa y como atracadero provisional de las unidades fluviales del Gobierno. El lote es parte del conjunto de predios que constituyen el sector urbano de Barranquilla, tal como se puede apreciar en los diferentes planos indicados en la petición de la presente diligencia y de conformidad con el Acuerdo Nº 16 de 1942, del Concejo Municipal de Barranquilla. El globo de tierras en que se encuentra ubicado el lote materia de este juicio, no lo es hoy ni lo ha sido antes una isla impuesta por la naturaleza en el río Magdalena con aguas impulsadas por corrientes naturales, sino que ha tomado esta figura geográfica de isla por obra de los hombres, es decir, de dragados periódicos, hechos en los caños "Las Compañías" o "La Tablaza" y "Los Tramposos". Concluyen los peritos expresando que para la presentación del dictamen adoptaron el plano que forma parte del juicio (folio 4 c. Nº 1) relacionándolo con los de la ciudad hechos en 1920 y 1946, y porque en dicho plano está demarcado técnicamente el terreno que es materia del juicio.

La inspección ocular y el dictamen pericial, no objetado en forma alguna, constituyen plena prueba acerca de la identificación del terreno sub-judice, quedando así acreditado otro de los presupuestos de la acción.

Posesión del demandado

Al expediente se allegaron los Diarios Oficiales Nos. 22172, 26445, 26541 y 26602, debidamente autenticados (fs. 20 del cuaderno de pruebas). En el primero se encuentra el Decreto Nº 2210 de 1932 que dispuso: "Artículo primero. Destínanse a las obras del puerto local de Barranquilla los terrenos baldíos que se encuentren en la isla del río Magdalena, ubicada en dicho Municipio y comprendida dentro de los siguiente linderos: "Por el norte, el río Magdalena; por el sur, el caño denominado Los Tramposos; por el este, el mismo río Magdalena; y por el oeste, el caño denominado Las Compañías". Art. 3º La reserva que se hace por el presente Decreto deja

a salvo los derechos legítimamente adquiridos." El segundo contiene el Decreto 1795 de 1947, que destina para el servicio del ejército el terreno denominado "Loma número 2" ubicado en Barranquilla, reservado por la Nación conforme al anteriormente citado. El Decreto tercero lleva el número 3020 de 1947, por el cual se aclara el anterior y se reafirma la destinación del predio denominado "Loma número 2". El último, trae el Decreto Nº 3714 del mismo año, que deroga los artículos primeros de los últimos dos decretos citados, y dispone: "Artículo 2º. Destínase para los servicios del Ejército Nacional el terreno que forma la isla denominada "Loma número 2", ubicada en el Municipio de Barranquilla, excepción de la faja que se deja para uso del Equipo Fluvial y demás dependencias del ramo de Navegación....."

La ocupación efectiva del terreno por parte del Gobierno Nacional está acreditada con estos elementos: las declaraciones rendidas durante el término probatorio por los señores Antonio E. de la Torre (f. 55 vuelto), Clímaco Conde Galofre (f. 56 vuelto) y José O. Bermúdez (fs. 57), a quienes les consta el hecho personalmente y por ser de dominio público. El acta de inspección ocular en la que se lee: "Punto V. El lote materia de este juicio, está ubicado dentro de los linderos generales de la llamada "Loma Nº 2",.... y en su integridad se encuentra incluído dentro del lote de mayor extensión que el Gobierno Nacional destinó últimamente para los servicios del Ejército y para el uso del equipo fluvial y demás dependencias del ramo de navegación.... Punto VI. Tanto el lote materia de esta diligencia, como todos los adyacentes, que constituyen la zona urbana denominada La Loma, se encuentran en posesión material de la Nación y están ocupados por las obras portuarias fluviales, por el Grupo de Artillería La Popa y el Polvorín "Delfín Torres Durán" del Gobierno Nacional. Punto VII. Concretándonos al lote en referencia, motivo de la demanda, él se encuentra libre de edificación alguna y constituye en parte los patios del ejército del Grupo de Artillería La Popa y como atracadero provisional de las unidades fluviales del Gobierno Nacional. Punto VIII. La Nación se encuentra en posesión material del lote pero libre de edificación alguna, tal como se anota en el punto anterior; habiendo tomado del área total de él, aproximadamente un 25% para la ampliación del caño denominado 'Los Tramposos'" (fs. 98 y 98 vuelto c. Nº 2).

Con los medios de prueba relacionados, queda plenamente demostrado el último de los extremos de la acción que se ventila en este juicio.

Valor del terreno

Para los efectos de la indemnización correspondiente, la parte actora pidió que el dictamen pericial se extendiera también al valor, en metros cuadrados, del terreno de la demanda. Los peritos tomaron como base de su trabajo "las operaciones de compraventa efectuadas sobre predios aledaños, ubicados a menos de 300 metros del lote de terreno en referencia", celebradas, dos en septiembre de 1951 y otra en marzo de 1953, de cuyos valores por metro cuadrado sacan en promedio la cifra de $ 13.48; y agregan: "El precio promedio....lo adoptamos como correcto, al compararlo con algunos avalúos practicados por el Catastro Nacional, en ese sector.." En efecto dan las cifras del catastro y sacan el promedio de ellas, que es más o menos aproximado al anterior. Y concluyen: "El valor comercial adoptado debe ser objeto de una deducción de un 10%, al considerar que los predios estudiados tanto en las compraventas indicadas como los que se contemplan en el cuadro catastral, están separados del que se trata de justipreciar, por el caño en medio, denominado 'Los Tramposos'". Efectuada la operación deducen en definitiva un precio de $ 12.13 por metro cuadrado, o $ 110.595.00 por los 9.125 metros cuadrados correspondientes al área del terreno.

Por considerar ajustadas a la realidad y bien fundadas, la Sala reproduce las observaciones y glosas al avalúo mencionado del H. Tribunal de Barranquilla, en su fallo, no discutidas por las partes en la segunda instancia.

"La Sala desecha el peritazgo por el motivo ya explicado, a saber: las operaciones de compraventa, consideradas por los peritos, han sido posteriores a la iniciación y realización de las obras llevadas a feliz término por el Estado en la región en que está ubicado el predio, objeto de este juicio. No es absurdo estimar que el precio que se asignó al metro cuadrado en aquellas compraventas haya estado determinado por la valoración ocasionada por tales obras.... Todo ello indica, en sentir de la Sala, que el precio adoptado por los peritos está condicionado por la valorización causada en virtud de las transformaciones sufridas por ese sector".

Según las pruebas del expediente, el Gobierno Nacional por medio de los decretos 2210, 1795, 3020 y 3714 de 1947 destinó concretamente

el terreno denominado "Loma Número 2", que como se ha visto se superpone al que es objeto del pleito, al servicio del Ejército Nacional y para uso del equipo fluvial y demás dependencias del ramo de navegación, y en efecto, según el acta de inspección ocular y el dictamen de los peritos, allí se encontraron los edificios y obras mencionadas, lo que supone su ejecución con posterioridad al indicado año de 1932. Actualmente —dice la demanda en el hecho undécimo— el lote cuya reivindicación se demanda está ocupado como patio de los cuarteles del grupo de Artillería "La Popa". Todo esto indica, de una manera clara, que las obras efectuadas en el globo general dentro del cual se halla ubicado el del pleito, han debido aumentar el valor de la propiedad raíz del sector, por la ocupación hecha por el Gobierno e indica que tal valorización es ajena al esfuerzo u obra particular. De consiguiente, no sería equitativo reconocer al demandante una indemnización que legalmente no puede corresponderle, debiéndose, como acertadamente lo decide el fallo de primera instancia, fijarse el valor del terreno por los trámites del artículo 553 del C. J. y teniendo en cuenta las bases que el mismo fallo señala para la liquidación.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA en todas sus partes la sentencia apelada. Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Enrique Cuervo.—Aníbal Cardoso Gaitán. Roberto Goenaga.—Néstor Pineda.—El Secretario, **Jorge García Merlano.**

NECESIDAD DE DETERMINAR EL TERRENO CUYO PETROLEO SE RECLAMA COMO DE PROPIEDAD PRIVADA FRENTE AL ESTADO

La Sala de Negocios Generales de la Corte, en numerosos fallos, ha sostenido que es requisito fundamental y previo, sin el cual no pueden prosperar demandas de esta clase (la demanda se motivó por haber aceptado el Ministerio del ramo una propuesta para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional), el de la conveniente determinación del terreno, cuyo petróleo se reclama como de propiedad privada frente al Estado, determinación que debe servir para resolver tres problemas que son: concretar el objeto de las pretensiones de los demandantes, en cuyo defecto no sería satisfactoria la prueba del interés, fundamento de la acción; en segundo lugar la manera como el dominio actual de los terrenos se conecta con el que existió antes de 1873, a fin de dejar establecido que el acto o hecho jurídico correspondiente tiene un objeto claro sobre el cual se constituyó el derecho que en la actualidad se reclama y, finalmente, que los terrenos a que se refiere la demanda se encuentran comprendidos, en todo o en parte, por los del área de la propuesta del contratista a la Nación. Este último elemento es tan trascendental como el primero, por ser parte integrante del interés de la acción, vulgarmente llamado personería sustantiva.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintisiete de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A.)

Resultando:

1.—Los señores Camilo y Alfonso Manrique S., el primero domiciliado en Neiva y el segundo en Bogotá, ambos mayores, confirieron poder para demandar a la Nación, en juicio ordinario, con el fin de que se reconociera que les pertenece el petróleo que pueda encontrarse en unos inmuebles denominados globalmente "Caballeriza", integrados en parte por las fincas denominadas Tachuelo, Cartuja, Barranquilla, Barranquillita, Pore, Monigotes y La Palma, ubicadas en los municipios de Baraya y Villavieja del Departamento del Huila; inmuebles que trataron de determinarse mediante linderos enunciados así: "Por el Norte, con el Tachuelito, de propiedad del causante y propiedades de Julio Manrique S.; por el Sur, quebrada de Arenoso de por medio con la hacienda de Alta Gracia de la señora Cruz de Solano; por el Oriente, con la Soledad de los hermanos Manrique y Quintero (Monigote, Pore y Cartuja), y por el Occidente con propiedad de Pedro Medina. Por el Norte con terrenos comuneros denominados El Pedregal y con propiedad de Germán Uribe; por el Sur, con propiedad del causante, río Guarocó de por medio; por el Oriente, con propiedad de Julio Manrique S., por el Occidente con propiedad de Nicanor Rodríguez (Barranquilla, La Palma, El Hoyo y El Tachuelito; por el Norte con propiedad de Julio Manrique S., por Pedregal). Sur, Este y Oeste con propiedades del causante".

2.—Antes de seguir con esta relación cabe tomar nota del reparo que hizo el señor Procurador en su alegato final, cuando advirtió que prescindía de transcribir los linderos actuales de los globos de tierra, a que se refiere la demanda, porque "en ellas se presentan en modo verdaderamente ininteligible"; y que tratar de hacerlo equivaldría a interpretar y corregir lo que debió haberse dicho con claridad y precisión.

3.—La demanda se motivó por haber aceptado el Ministerio del ramo la propuesta número 541 que formuló el señor Enrique Cortíssoz, para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional, traspasada luégo a la Compañía de Petróleos del Ariporo, en cuyo trámite el término para hacer oposiciones se inició el 31 de agosto de 1950 y expiró el 10 de noviembre del mismo año, sin que los demandantes se hubieran opuesto.

4.—Se reclama, como es usual, el dominio del petróleo existente en los indicados terrenos alegando que, respecto de ellos, se cumplieron antes de 1873, hechos eficaces, en sentir de la parte actora, para que aquéllos salieran del patrimonio

nacional y entraran al de anteriores causantes de quienes hoy demandan.

5.—El libelo no sólo adolece de la grave deficiencia anotada por el señor Procurador, en el modo como se determinan actualmente los terrenos, sino que también se incluyeron pretensiones más amplias, relativas al dominio del subsuelo en general, extralimitando las atribuciones que la ley tiene fijadas a la Corte para conocer en única instancia de estos negocios; y por ello el auto admisorio de la demanda, de fecha 27 de noviembre de 1952, declaró que el debate se concretaba ahora a los yacimientos petrolíferos, y en tal sentido se corrió traslado, sin reclamo de la parte demandante, al señor Procurador Delegado en lo Civil, quien contestó en tiempo oportuno.

6.—La causa se abrió a prueba, se pidieron algunas y practicadas que fueron, se dio traslado para alegar por auto de 10 de julio de 1954, que sólo contestó el señor representante de la Nación, pues la parte actora guardó silencio; se citó para sentencia y el asunto entró al despacho para fallo el 9 de mayo próximo pasado.

Se considera:

La Sala, en numerosas sentencias, ha sostenido que es requisito fundamental y previo, sin el cual no pueden prosperar demandas de esta clase, el de la conveniente determinación del terreno, cuyo petróleo se reclama como de propiedad privada frente al Estado, determinación que debe servir para resolver tres problemas que son: concretar el objeto de las pretensiones de los demandantes, en cuyo defecto no sería satisfactoria la prueba del interés, fundamento de la acción; en segundo lugar la manera como el dominio actual de los terrenos se conecta con el que existió antes de 1873, a fin de dejar establecido que el acto o hecho jurídico correspondiente tiene un objeto claro sobre el cual se constituyó el derecho que en la actualidad se reclama y, finalmente, que los terrenos a que se refiere la demanda se encuentren comprendidos, en todo o en parte, por los del área de la propuesta del contratista a la Nación. Este último elemento es tan trascendental como el primero, por ser parte integrante del interés de la acción, vulgarmente llamado personería sustantiva.

De ahí que empiece por examinarse el resultado de las pruebas tocantes con las enunciadas determinación y superposición, o sea, si se demostró en el debate que el área de la propuesta del señor Cortíssoz, comprendía en todo o en parte los terrenos de la demanda.

Por el primer aspecto, que es el de la determinación objetiva, se cometió el mismo error que ya tuvo oportunidad de anotar la Sala, en otros juicios anteriores y semejantes a éstos por referirse a tierras que parecen tener el mismo origen. En efecto, consultando el acta que recogió la diligencia practicada por el Tribunal Superior de Neiva, comisionado por la Corte, iniciada el 5 de agosto de 1953 en la hacienda de **"Ricaurte"**, jurisdicción del municipio de Baraya, se encuentra:

"Procedióse en seguida a dar lectura al punto tercero del memorial de pruebas pedidas por la parte demandante ante la H. Corte Suprema de Justicia, memorial que se halla en el cuaderno número 5 del expediente, ya que dicho punto es el que se refiere a la inspección ocular de que se trata. Como en el numeral b) del punto referido se pide la ubicación sobre el terreno de la antigua hacienda de Villavieja, adjudicada al señor Joaquín de Arce, según remate verificado por la Junta Municipal de Temporalidades de la ciudad de Santa Fe, el 16 de enero de 1776, el señor apoderado de la parte demandante manifestó que prescindía de tal identificación, ya que actualmente no existe en los autos documento probatorio idóneo para demostrar (sic) su demarcación, pues aún no se han expedido por el Archivo Histórico Nacional las copias debidamente autenticadas de los documentos solicitados en la petición primera del memorial de pruebas. Además presentó el doctor Neira una copia legalizada expedida por el Ministerio de Minas y Petróleos el 13 del presente mes de agosto, del plazo por la concesión que solicitó el señor Enrique Cortíssoz, y el suscrito Magistrado dispuso que se agregara al expediente. Luégo y para determinar sobre el terreno los linderos generales del globo denominado **Caballeriza**, uno de los varios en que se subdividió la antigua hacienda de **Villavieja**, se dio lectura a tal alinderación (sic) que aparece en la demanda, así como también en la copia expedida por el señor Notario 1º del Circuito de Neiva de la diligencia de demarcación que se hizo el 7 de abril de 1772 por el señor Gobernador Juez de la causa en compañía del Reverendo Padre Capellán, Procurador General y de otras personas. Ilustrado en esta forma (sic) el personal de la diligencia, se trasladó a la Mesa de Guarocó, donde existe un mojón de piedras en la línea divisoria de las haciendas de **Caballeriza** y **Hato Nuevo**, y desde tal lugar elevado y otros sitios de iguales características de visibilidad, y con la valiosa colaboración del señor Germán Uribe M., persona honorabilísima, mayor de 70 años y

quien como dueño y cultivador de una hacienda cercana conoce detalladamente estas regiones y a quien se le tomó el juramento legal, según el cual prometió ceñirse a la verdad en su testimonio ilustrativo, fueron identificados sobre el terreno los linderos de la hacienda de **Caballeriza** o sea (aquí se incluyen literalmente y luégo continúa el acta). Esta identificación sobre el terreno (sic) de la antigua hacienda de Caballeriza no fue difícil, porque como se observa en la anterior alinderación, casi todo su perímetro está determinado por corrientes de agua que conservan su antigua denominación, y por accidentes de terrenos fácilmente identificables. Hecha esta localización y por ser avanzada la hora se suspendió la diligencia, etc.".

Esta prosiguió el 19 de agosto en la finca de Caballeriza, "de propiedad del doctor César Camejo y de su esposa señora Lilia Manrique de Camejo... con el objeto ahora de localizar sobre el terreno los tres globos especificados en la demanda, a saber, etc.".

Por lo que toca con el reconocimiento de los puntos que debían servir para el estudio de los peritos en la superposición de áreas, se copia del acta:

"Terminada en esta forma la ubicación, tanto de los linderos de la antigua hacienda de Caballeriza, como de los globos de propiedad de los demandantes alinderados en la demanda, el doctor Norberto Díaz, perito de la Nación, manifestó que siendo el vértice A del cuadrilátero que determina la concesión solicitada por el señor Cortíssoz el único punto invariablemente localizado sobre el terreno, consideraba necesaria la localización de dicho mojón A. para tomar en cuenta aproximadamente la orientación de los lados concurrentes a dicho vértice del cuadrilátero que define tal solicitud, y poder apreciar si los terrenos de propiedad de los doctores Camilo y Alfonso Manrique se hallan dentro de la antedicha solicitud. En vista de esta manifestación y como tal localización no se alcanza a hacer hoy por lo avanzado de la hora, se dispone hacerla en el día de mañana, para que quede así satisfecho el deseo del señor perito de la Nación".

Al final de las actas se hace constar que la diligencia suspendida el 19 de agosto de 1953, en la hacienda de Caballeriza, continuó el 21 de los mismos mes y año, en las oficinas del Tribunal de Neiva, con asistencia del mismo personal; que el perito designado por la Nación doctor Norberto Díaz se encaminó, acompañado de un práctico, a verificar los hechos que él menciona al terminar el acta anterior, y su exposición dice así: "Aproximadamente a las siete y media de la mañana salí acompañado de un trabajador de la hacienda de Ricaurte, Amador Fajardo, quien en la margen derecha de la quebrada de El Lindero me mostró el mojón que sirvió de estación para la determinación astronómica de las coordenadas del mismo mojón A. que figura como vértice de concurrencia de los lados A. B. y A. D. del cuadrilátero que define el área de la solicitud de concesión del señor Cortíssoz. Tomando sin ninguna exactitud (sic) y únicamente para dejar alguna descripción literaia (sic) del asunto y medido sobre el dibujo en copia del cuadrilátero de la concesión, del mojón de estación, al mojón y vértice A. antedicho, hay una distancia de 2.250 metros. No pude pasar de la estación astronómica a este último punto A., porque en realidad no disponía sino del referido Amador Fajardo para establecer de modo inequívoco si los globos de terreno de propiedad de los doctores Manrique Santacoloma, por las alinderaciones señaladas en la demanda y en los títulos de los demandantes, las que se han verificado sobre el terreno, es hallan comprendidas dentro de las líneas del globo general denominado Caballeriza, cuyos linderos también se han verificado en esta diligencia, lo mismo que establecer si aquellos predios se hallan comprendidos dentro del perímetro de la propuesta 541, según el plano de dicha propuesta que obra en este expediente, en mi carácter técnico necesito verificar sobre el terreno un estudio del cual pueda deducirse el experticio (sic) fundamentado que se me solicita; y al efecto requiero la colaboración del perito tercero, cuyo nombre me abstengo de designar, a efecto de que sea el propio Tribunal quien designe para esta misión a un ingeniero matriculado. Creo que en esta forma los peritos principales estaremos en capacidad de rendir el experticio (sic) dentro del término de diez días que atentamente pedimos, sin perjuicio de que si se presentase alguna dificultad, pudiéramos pedir a la H. Corte una ampliación del citado término. Oída la manifestación que acaba de hacer el perito de la Nación doctor Norberto Díaz, de que se abstiene de hacer el nombramiento de perito tercero, cuya intervención se estima necesaria, el Tribunal, por medio del suscrito Magistrado que preside esta diligencia, procede a designar al doctor Jesús Antonio Flórez, ingeniero matriculado quien debidamente posesionado procederá a cumplir el encargo que se le confía".

A los peritos es les concedió un término de diez

días para que rindieran su dictamen, habiendo ampliado la parte demandante el cuestionario que se les sometió; el perito tercero doctor Jesús Antonio Flórez se posesionó el 24 de agosto de 1953, y luégo rindieron su dictamen el 29, exponiendo que las propiedades de los doctores Camilo y Alfonso Manrique S. "están ubicadas dentro del área de la propuesta número 541". Es verdad que presentan un croquis aproximado de la ubicación de las fincas de Caballeriza, Hato Nuevo, La Manguita y propiedades de los doctores Camilo y Alfonso Manrique S., relacionadas con dicha propuesta, a la cual equivocadamente les señalan el número 451, siendo 541; pero no especifican la manera de realizarse esa superposición, y tampoco indican su posible cabida. Habiéndose corrido el traslado de ese dictamen, el señor representante de la Nación alegó que era necesario que los expertos lo explicaran, señalando las bases que les permitían hacer las conclusiones categóricas que allí expresaron, no obstante haber dejado de localizar sobre el terreno el perímetro de las haciendas de Hato Nuevo y de La Manguita, sin cuya comprobación no se podían tener como lógicas las deducciones expuestas por aquéllos, en opinión de la Procuraduría. Solamente los peritos doctores Rivera Dussán, principal y Jesús A. Flórez, tercero, contestaron la solicitud de ampliación como se ve en el escrito firmado por ellos y recibido en la Secretaría de esta Sala el 14 de noviembre de 1953. Al doctor Norberto Díaz hubo necesidad de notificarle separadamente la providencia que ordenó la ampliación y, una vez enterado procedió a cumplirla con su escrito del 28 de enero de 1954 del cual se toma lo que sigue:

"Para dar cumplimiento a la providencia de su Despacho del 27 de noviembre pasado, respetuosamente presento la ampliación de mi pericia de agosto 29 de 1953, en el juicio ordinario contra la Nación de los doctores Camilo y Alfonso Manrique Santacoloma. Paréceme útil aprovechar la oportunidad para señalar hechos pasados en la diligencia de inspección. Procedente de Barichara (S.) llegué a Neiva el día 27 de agosto pasado y a las 8 a. m. del día siguiente asistí a la instalación de la diligencia en el Tribunal. Seguidamente, con el interesado doctor Camilo Manrique Santacoloma, el personal de la diligencia se trasladó a los terrenos de la inspección donde se mostró desde prominencias topográficas y lugares apropiados las alinderaciones de los lotes de terrenos que aparecen definidos en el expediente como de propiedad de la parte actora y que debían estar dentro de la gran área de la solicitud de concesión. Inmediatamente que me dí cuenta de la realidad topográfica del problema, manifesté al personal de la diligencia que era indispensable conocer sobre el terreno el mojón A. del plano de la solicitud de concesión, para que mediante las demás referencias se localizaran rápidamente las direcciones de los lados AOD (35 kilómetros), y A-B (14 kilómetros), por ser la única forma de definir técnicamente si los terrenos de la oposición estaban todos o en parte dentro del área de la solicitud de concesión. Como ninguna de las personas de la diligencia conociera dicho mojón principal A., expliqué a la diligencia (sic) que entonces se necesitaba partir de los mojones de referencia de la estación astronómica o de esta estación, puntos que sí eran conocidos entonces, por haber sido hallados por el personal de otra inspección que estaba practicando en esa región el mismo H. Tribunal. Mi punto de vista no fue tenido en cuenta durante los días que permanecimos en el terreno, de manera que el día en que se regresó (sic) a Neiva el personal de la diligencia el suscrito quedó en el terreno con un vehículo que me facilitó la parte opositora y con un trabajador para el transporte del instrumento para la localización en el terreno que me proponía realizar. En dichas condiciones, concurrí a la estación astronómica y a los mojones en referencia conocidos para arrancar de allí y buscar el mojón A. por medio del alineamiento definido en el plano de la solicitud de concesión, por una dirección azimutal y la distancia de dos mil doscientos veintiún metros con dieciocho centímetros, pero como la zona que atraviesa este alineamiento es montañosa y cubierta de bosques tupidos en general, resultó físicamente imposible realizar yo solo con un peón el dicho trabajo técnico.

"Entonces, regresé a Neiva y me presenté al H. Tribunal que debía escribir la última acta de la diligencia y allí manifesté nuevamente que mientras no se hallara el mojón A., para que desde allí se localizara cuando menos las direcciones de los lados A-D y A-B del cuadrilátero de la concesión, para verificar la situación de los terrenos de los opositores, en relación a la verdadera situación del cuadrilátero, yo consideraba que la inspección estaba incompleta. El Magistrado de la diligencia me explicaba que mientras no se afirmara (sic) el acta última el Tribunal estaba en receso y que no se podría reanudar el despacho de los numerosos asuntos que en él se ventilaban. Entonces pedí que me permitiera dic-

tar en el acta la parte de mi intervención, pero a pocos momentos de iniciar mi dictado, y por insinuación del mismo Magistrado, lo suspendí para buscar una solución que unificara conceptos, por cuyo motivo propuse que el Tribunal nombrara el perito tercero ya que el otro perito principal, el doctor Miguel M. Rivera Dussán, había manifestado que no podía volver al terreno por sus muchísimas ocupaciones. El señor Magistrado nombró el perito tercero y con él regresé al terreno donde con mucha precisión, utilizando una plancheta muy bien corregida, localizamos, trochando, con personal suficiente, por el monte los alineamientos necesarios, con base en la dirección azimutal correspondiente y la distancia entre el mojón astronómico y el vértice A. que afortunadamente descubrimos entre la maleza con la precisión requerida. Desde este mojón y con el mismo instrumento localizamos convenientemente la dirección del lado A-B y trochando por la montaña localizamos la dirección del lado A-D hasta donde fue necesario. Así quedó técnicamente establecido que los lotes de terrenos de los opositores sí están dentro del polígono de la solicitud de concesión, conforme se dejó establecido en la pericia que suscribimos los tres peritos. Igualmente, mediante esta localización se llegó a la conclusión de que no era necesario localizar la dirección del lado D-C del cuadrilátero de la concesión, porque se halla a varios kilómetros de distancia de los terrenos de los opositores

"La relación anterior define la base sobre la cual se elaboró el concepto técnico que firmé conjuntamente con los otros dos peritos ingenieros He leído con detenimiento mi ampliación del concepto pericial de agosto 29 de 1953 que con fecha 13 de noviembre pasado presentaron el otro perito principal, Ingeniero Miguel M. Rivera Dussán y el perito tercero, Ingeniero Jesús A. Flórez y pr hallarla ceñida a la realidad del asunto, por medio del presente escrito adhiero integralmente a la antedicha ampliación pericial, explicando que sólo con motivo de la inspección ocular conocí la región donde ésta se realizó".

De lo anterior se deduce:

1º—Que al reconocer sobre el terreno los puntos necesarios para la identificación de los predios de la demanda en forma que permitiera relacionarlos con el área de la propuesta, no se procedió según lo manda la ley, es decir, recorriendo el magistrado en compañía de los peritos, los puntos que sirvieran de base para plantear estos problemas y buscarles solución adecuada; sino que se dejó a cargo de uno solo de los peritos la práctica de esa diligencia, y aunque moralmente no cabe duda de la capacidad y pulcritud del ingeniero, el sistema no está aceptado por el procedimiento civil colombiano;

2º—El dictamen fue rendido sin que conste haberse realizado la deliberación previa y conjunta de los expertos, de lo cual se infiere que no asumieron la responsabilidad de sus conclusiones, previa aquella deliberación y,

3º—Que habiéndose solicitado ampliación de acuerdo con los términos exigidos por el señor Procurador, ya no se pudo realizar porque, como lo manifiesta el perito doctor Díaz, el otro perito principal doctor Rivera Dussán se excusó de prestar su concurso, negándose a volver al terreno "por sus muchas ocupaciones".

Síguese de todo lo anterior que tanto la inspección como el dictamen de los peritos son pruebas deficientes que no demuestran el requisito fundamental de que se ha hablado, consistente en la determinación adecuada del terreno de que se trata y en la superposición de él respecto del área de la propuesta que motivó el pleito.

Por el primer aspecto y como ya se anunció arriba, en la práctica de la inspección ocular ocurrió exactamente lo mismo que en la diligencia practicada en el pleito del señor Camejo Oberto en que dijo esta Sala:

"No se pone en duda que tanto al Tribunal comisionado como a los peritos y demás personal de la diligencia, les hubiera bastado colocarse en la Mesa de Guarocó para haber apreciado desde allí los linderos de la antigua hacienda de Caballeriza, tales como los detalla el documento antiguo de donde se tomaron; pero no basta la afirmación escueta de que así se procedió, solamente apoyada en la autoridad de los que la hicieron, porque el artículo 724 del C. J. exige como elementos esenciales de la inspección ocular, el examen y el reconocimiento de cosas o hechos litigiosos relacionados con el debate, y es indispensable dejar relatado en el acta la forma como tales, examen y reconocimiento, se efectuaron, pues tratándose de linderos de inmuebles mencionados en documentos antiguos se requiere cerciorarse con algún género de informaciones de personas conocedoras de la región de la manera como allí se conserva la tradición de los nombres antiguos, y los detalles del terreno que permitan localizar puntos reconocidos, para que los peritos puedan trazar las líneas que los unen y encierren porciones de terreno realmente identificables".

Por lo tocante con el dictamen pericial, se re-

pite que es indispensable se realice lo que manda el artículo 716 del Código Judicial, a saber: "Los peritos proceden a estudiar las cuestiones o elementos a ellos sometidos, deliberan juntos sobre tales cuestiones, y luégo extienden el dictamen en una sola declaración, si están de acuerdo, y de no, por separado, expresando en todo caso, con precisión, exactitud y claridad los fundamentos de su concepto y de las conclusiones a que lleguen. El perito tercero que, si es el caso, acompaña a los principales en las diligencias correspondientes, emite su opinión sobre los puntos en que discuerden los principales". Regla según la cual era necesario que los peritos hubieran concurrido con el magistrado al terreno para dejar establecido lo que iba a ser objeto material de su dictamen; porque en esta parte la inspección ocular era inseparable del dictamen pericial (es sabido que la inspección ocular se practica con asistencia de peritos o de testigos); que, una vez practicado el reconocimiento y dejado de ello testimonio en el acta, los señores peritos hubieran deliberado conjuntamente sobre lo demás sometido a su estudio y luégo procedido a extender las conclusiones y los fundamentos que las sustentan. Puede, pues, afirmarse que las pruebas sobre el reconocimiento de los puntos fundamentales en el estudio de la superposición de áreas, entre la propuesta 541 y los terrenos de la demanda acreditan que se dejó por fuéra de la diligencia de inspección ocular, un hecho sustancial que sólo se dejó a cargo de uno de los peritos y, lo que es más grave, cuando el señor Procurador pidió la ampliación del dictamen, ese mismo perito hubo de informar que su compañero, el otro perito principal, no pudo concurrir de nuevo al terreno.

Esto obliga a la Corte a negar eficacia a las pruebas de inspección ocular y dictamen pericial, pues aun apreciándolas con criterio de gran amplitud, no se pasaría de dejar planteada una duda imposible de resolver en la instancia, ni siquiera por el medio de dictar un auto para mejor proveer: porque la deficiencia del dictamen no depende de las contestaciones que los peritos le dieron a los cuestionarios de las partes, sino al defecto de orden legal en que se incurrió cuando se trataba de preparar el estudio de las mismas, y porque no es un punto oscuro o dudoso que pudiera aclararse sin correr el inevitable riesgo de que la Sala entrara a mejorarle la prueba a la parte demandante, lo cual está completamente prohibido por la ley. Esta misma doctrina se aplicó en reciente sentencia del 11 de julio último, pronunciada para despachar el juicio ordinario de la Compañía Industrial del César, S. A. contra la Nación.

SENTENCIA

Por lo expuesto la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara no probados los hechos fundamentales de la demanda en ese pleito y ABSUELVE a la Nación de todos sus cargos.

Sin costas por no haberse causado.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Luis Enrique Cuervo A. — Roberto Goenaga. Néstor Pineda — Carlos Bravo, Conjuez — **Jorge García Merlano,** Secretario.

SE CONFIRMA SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO EN FAVOR DE UN ABOGADO, POR CARGOS HECHOS A SU EJERCICIO PROFESIONAL

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre veintinueve de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán)

Dio origen a este juicio especial la denuncia formulada por el doctor Bernardo Vieira contra el abogado doctor Luis Angel Zapata García, el 14 de octubre de 1953, ante el Tribunal Superior de Medellín. En tal denuncia se pide la cancelación de la matrícula de abogado del doctor Zapata García "....por auspiciar con su firma, los actos dolosos del rábula Félix Londoño, vecino de Bolívar"; y para fundamentarla, el autor de la queja dá cuenta de negocios efectuados por el citado Londoño en algunos pleitos adelantados en dicho municipio.

El juicio sufrió el trámite correspondiente. Durante él se oyó al doctor Zapata García en sus descargos y al señor Félix Londoño; se adujo un certificado del Juez del Circuito de Bolívar sobre la actuación de los nombrados en los juicios a que se refirió el demandante en la denuncia; se recibieron numerosas declaraciones sobre la conducta del profesional acusado, y copia de la inscripción en el Tribunal del doctor Zapata García como abogado. Por último, el señor Agente del Ministerio Público, Fiscal 3º del Tribunal de Medellín, dio su concepto de fondo en los siguientes términos:

"En síntesis, señores Magistrados, el suscrito Fiscal tiene el imperioso deber de manifestar que en las presentes diligencias nada absolutamente se ve que pueda menoscabar la honestidad y decoro del abogado en ejercicio Dr. Luis Angel Zapata García, quien en su larga trayectoria profesional se ha distinguido como paradigma de caballero sin tacha y magnífico colaborador de la justicia. En consecuencia conceptuó que no es el caso de dar aquí aplicación a las sanciones correspondientes, señaladas en el artículo 9º de la Ley 69 de 1945, y demás disposiciones pertinentes."

El Tribunal, en Sala Plena, decidió el juicio en providencia de fecha doce de julio del presente año, y a ella pertenecen estas conclusiones:

"Analizadas con el debido detenimiento todas las piezas de este informativo, ha llegado el Tribunal a la conclusión de que no existe en él prueba de que el Dr. Zapata G. haya infringido el Código de la moral profesional por ningún concepto. Y por esta razón habrá de favorecerlo con un sobreseimiento definitivo.... Con base en lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior de Medellín en Sala Plena, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal Tercero de esta Corporación,....

"Resuelve:

"**Sobreseer definitivamente** en estas diligencias en favor del abogado acusado doctor Luis Angel Zapata García."

En consulta de la anterior sentencia vino el negocio a este Sala de la Corte, y en la sustanciación correspondiente sólo se produjo el concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil, que concluye así :

"Por otra parte, estudiados y analizados los distintos elementos probatorios, se llega a la conclusión de que con dichas actuaciones no se violó la ética ni la moral profesional del abogado. Por el contrario, obran en el expediente diferentes certificaciones y testimonios serios, respetables, y merecedores de toda credibilidad con los cuales se acreditan ampliamente la rectitud y honorabilidad del doctor Zapata en su ejercicio profesional. En consecuencia, la Procuraduría estima que debe confirmarse el auto de sobreseimiento definitivo con el cual el Tribunal Superior de Medellín favoreció al acusado Dr. Zapata, y, así, respetuosamente, lo solicita de esa Superioridad".

Para resolver se considera:

De acuerdo con las explicaciones dadas por el doctor Zapata García en la declaración que rindió ante el Juez del Circuito de Bolívar, comisionado por el Tribunal para esa diligencia, el señor Félix Londoño es dependiente suyo en la agencia o sucursal de su oficina de abogado en el municipio de Bolívar (A.), y sus funciones son

las de llevar memoriales a los juzgados de esa ciudad, tomar datos e informes sobre el curso de los negocios y aún elaborar proyectos de trabajo que somete a su revisión. Está corroborada esta afirmación con el certificado que el Juez del Circuito de Bolívar expedió durante la etapa probatoria del juicio, en el que se transcriben las providencias por medio de las cuales desde el año de 1952 se dispuso tener al señor Félix Londoño "como dependiente del doctor Luis Angel Zapata G. ante este despacho, para que pueda ver y vigilar los negocios que están cursando, y que cursen en lo futuro, por cuenta del doctor Zapata G., y para pedir informes relacionados con los mismos". (f. 10 v.). El señor Londoño R. en su declaración (fs. 9) reafirma la calidad de empleado del doctor Zapata y las funciones que en tal carácter le corresponde desempeñar.

Acreditada en tal forma la dependencia o subordinación del señor Félix Londoño con respecto al abogado Zapata, y en lo cual nada hay que observar porque esa colaboración está autorizada por la ley (art. 12 de la Ley 21 de 1931), viene el cargo propiamente dicho, o sea, que el doctor Zapata García auspició con su firma "actos dolosos" ejecutados por Londoño en juicios en que aquél era apoderado de una de las partes.

Los actos motejados de dolosos por el denunciante se refieren a la compra en remate hecha por Londoño de una empresa de café embargada en el juicio ejecutivo que adelantó el doctor Zapata García, como apoderado de Martín Emilio Sánchez, contra Eleázar Alvarez, bienes que más tarde vendió Londoño al mismo ejecutante en una cantidad mayor. Y estos otros, relatados textualmente por el denunciante así: "Desde antes había tenido conocimiento de una compra hecha por el citado Londoño, en una sucesión de José J. López, de los derechos de Jovita Pareja, la esposa de José J. y de sus hijos. En la escritura dice que estos hijos están muertos, y uno de ellos se apareció a mi oficina a que le siguiera la sucesión...." "Como si esto fuera poco, últimamente se ha presentado a mi oficina un señor Castrillón a manifestarme que en el juicio sucesorio de su padre Germán Castrillón le fue adjudicada una hijuela por valor de $ 578.12 y lo mismo a sus hermanos.... En el juicio divisorio que les promovió poco después Dn. Rafael Vélez, a quien representaba el citado Londoño, dicho D. Rafael remató las hijuelas, cada una en la cantidad de $ 161.00."

Acepta el señor Félix Londoño en su declaración haber efectuado las operaciones indicadas, independientemente de su calidad de empleado de la oficina del doctor Zapata, y relata el proceso de ellas. También las acredita la certificación expedida por el Juez Promiscuo del Circuito de Bolívar, en cuyo despacho cursaron los juicios, y quien hace constar que en la revisión efectuada por él no encuentra la confirmación del cargo que se le hace al doctor Zapata fs. 10 y 10 v.).

El doctor Zapata al referirse a estos hechos expone: "Respecto de los cargos endilgado por el doctor Vieira Jaramillo contra mi dependiente señor Londoño R. y tocante con los juicios de Luis Rodríguez, José J. López y Germán Castrillón, nada tengo que ver con sus actividades que son meramente particulares y de negocios en un todo independientes con la calidad de subalterno del señor Londoño respecto de mi persona, pues estimo que como cualquier otro puede rematar bienes y comprar derechos herenciales.... ....es verdad figuro como apoderado en dichos juicios pero en la parte que se relaciona únicamente con el aspecto judicial."

Evidentemente no puede establecerse con los medios probatorios allegados al proceso el cargo que se le formula al doctor Zapata García de auspiciar con su firma los actos ejecutados por el señor Londoño. Los negocios u operaciones comerciales efectuados por éste al margen de los pleitos que el doctor Zapata gestionaba como mandatario judicial, y cuya corrección o ilicitud no es el caso de analizar aquí por no ser necesario para los fines de este juicio, ya que a su gestor personal no le son aplicables las normas del estatuto de la abogacía, no pueden tener interés sino en cuanto ellos hubieran sido posibles por la instigación, el consejo, el asentimiento o tolerancia del abogado, porque ello sí implicaría, dada la relación de dependencia de Londoño para con éste, por lo menos una violación de la ética profesional. Pero semejante cargo no puede inferirse por la simple relación que hay entre empleador y empleado, no obstante la posición equívoca en que el subalterno pudo en un momento dado haber colocado al superior con las gestiones personales surgidas del conocimiento de los asuntos que éste ventilaba. No está demostrado que el doctor Zapata hubiese instigado, aconsejado o dirigido a su dependiente en sus negocios

Existe además en el proceso una numerosa y convincente prueba testimonial que acredita la corrección profesional que ha caracterizado al doctor Zapata García por más de veinte años de ejercicio en las ciudades de Andes y Bolívar. Abogados de las mismas plazas, jueces municipales

y de circuito de esos municipios, ex-funcionarios de la rama judicial y Magistrados, dan testimonio de la conducta ejemplar del doctor Zapata como abogado y como ciudadano, lo cual presta mayor fuerza a la conclusión de que no es dable inferir su intervención en los negocios del empleado, y que por tanto el cargo que motivó este juicio carece de fundamento legal. En tales condiciones el sobreseimiento definitivo que a su favor profirió el Tribunal del conocimiento, debe ser acogido por la Corte.

A mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y en acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Civil, CONFIRMA el fallo consultado.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Luis Enrique Cuervo.—Roberto Goenaga. — Néstor Pineda.—Jorge García M., Secretario.

—Final agosto-sepbre.—

I N D I C E

Págs.

SALA PLENA

Proposición aprobada en Corte Plena con motivo del fallecimiento del ex-Magistrado de la Corte doctor Rafael Leiva Charry... 3

Proposición aprobada en Corte Plena con motivo de la renuncia presentada por el Magistrado de la Corporación doctor Darío Echandía 3

Proposición aprobada en Corte Plena con moitvo del fallecimiento del doctor Manuel Benigno Pardo 4

Proposición aprobada con ocasión del retiro del Magistrado doctor Néstor Pineda..... 4

Proposición de reconocimiento al Magistrado doctor Roberto Goenaga por su desempeño en la Presidencia de la Corte..... 4

El sistema del cuociente electoral consagrado en la Ley 39 de 1946.—Inexequibilidad del inciso tercero del artículo primero de la Ley 39 de 1946, y del inciso cuarto del mismo artículo en cuanto establece el procedimiento de la acumulación —llamado arrastre—, de unos votos a otros. — Naturaleza del sufragio.—La Corte declara la inexequibilidad de los incisos expresados, acusados de inconstitucionalidad por el ciudadano Alvaro Delgado Fernández.—Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán..... 5

Salvamento de voto de cinco de los Magistrados que suscribieron la sentencia de que dá cuenta el aparte precedente de este Indice 17

SALA DE CASACION CIVIL

En un juicio de simulación no es incongruente el fallo que declara el pago oculto invocado y demostrado por el demandado.—Doctrina de la simulación prevalencia.—Simulación relativa por interposición de persona.—Donaciones disfrazadas de venta por testaferro. — Poderes del sentenciador en cuanto a la prueba del pacto oculto al través de inferencias.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto, el 29 de septiembre de 1954, en el juicio ordinario de Mercedes Mafla contra el Pbro. Manuel Antonio Hormaza, sobre simulación de un contrato y reivindicación de unos inmuebles. — Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 20

Acción de filiación natural.—Numeral 4º del artículo 4º de la ley 45 de 1936.—La Corte no casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el juicio ordinario seguido por Virginia Mora Salcedo contra los sucesores de Ramón Nonato Buitrago sobre el objeto expresado. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre 38

Asignaciones testamentarias—Herederos y legatarios.—Improcedencia de la liquidación provisional de la sociedad conyugal a la disolución del matrimonio.—La Corte casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Neiva el 16 de enero de 1954, en el juicio ordinario de María Antonia García contra la Sucesión de Domingo Fierro y revocando la de primera instancia absuelve a los demandados de los cargos de la demanda principal y revisa la dictada por el Juez 2º del Circuito Civil de Neiva en que decretó la liquidación de la sociedad conyugal Fierro-García. — Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila..... 42

Juicio sobre rendición de cuentas—Error manifiesto de hecho del Tribunal en la apreciación de unas pruebas.—En el juicio or-

Págs.

dinario promovido por el Pbro. Francisco López H. y otros contra Arnulfo González Echeverry, se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pereira y que es materia del recurso extraordinario.—Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel.. 54

Acción de simulación y subsidiaria de nulidad.—Simulación relativa y absoluta.—Diferencia entre la acción de simulación y la de nulidad.—Técnica de casación.—La Corte no casa la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, de fecha 19 de septiembre de 1953, proferida en el juicio ordinario seguido por Pastora de la Rosa de Hidalgo contra Manuel Chaves Ruiz y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse 58

Técnica de casación.—Atribuciones naturales del juzgador de instancia para formar su convicción sobre la cuestión de hecho—Requisitos especiales de la prueba sobre posesión notoria del estado de hijo natural. Prueba de las relaciones sexuales estables y notorias. — Incumplimiento del artículo 656 del C. J. en la recepción de los testimonios.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de fecha 11 de diciembre de 1954, dictada en el juicio ordinario sobre filiación natural y petición de herencia, instaurado por Ana María o Flor María Agudelo o Arroyave contra Aníbal Arroyave o Alvarez.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 68

Acción de nulidad y subsidiaria de rescisión por lesión enorme.—La Corte no casa la sentencia de fecha 13 de diciembre de 1954 pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario de José Hilarión Espinosa G. contra Sandalio Espinosa y otro. — Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 77

Técnica de casación.—La confesión como medio de prueba del estado civil.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá pronunció el 6 de octubre de 1954 en el juicio ordinario sobre filiación natural y petición de herencia, instaurado por Ana Rosa Velásquez de Ramírez contra los herederos **ab intestato** de Carlos Velásquez.

Págs.

Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 80

Acción petitoria de dominio.—Errores de hecho y de derecho en casación.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Medellín, el 2 de febrero de 1954, en el juicio ordinario de Juan Ramón Acosta y Julio Betancour contra Francisco Arenas y Carmen Tulia Arenas.—Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila..... 85

Partición de bienes en juicio sucesorio. — petición de herencia.—Acción de nulidad y de rescisión por lesión enorme de una partición. — En el juicio ordinario promovido por Campo Elías Aguirre contra Isabel y Luis Aguirre o Campos, y Raimundo, Moisés y Abel Antonio Aguirre, no se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá dictó en dicho juicio.—Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel..... 92

Reivindicación.—Cuándo las hijuelas de adjudicación de bienes de una sucesión son títulos suficientes para comprobar dominio. Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, el 13 de septiembre de 1954, en el juicio ordinario seguido por Manuel Erazo y Pardo y otros contra Jacobo Ankierman.—Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 102

Acción de dominio.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Pereira dictó en el juicio ordinario seguido por Misael Morales Aldana contra Salvador y José Manuel Granada, y que fue recurrida por la parte demandada. — Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse 113

Posesión notoria del estado civil de hijo natural.—Elementos.—Técnica de casación.— La Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira el 20 de octubre de 1954, en el juicio ordinario de María de la Cruz Rodríguez contra la sucesión de Eusebio Machado Novoa. — Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 118

Liquidación de costas.—Se desecha la obje-

Págs.

ción formulada a la liquidación de costas regulada en el juicio ordinario entablado por Publio Horacio Peñarete contra Leovigildo Coy y otros. — Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 125

Intervención del Ministerio Público en los juicios de nulidad o de divorcio del matrimonio civil—Caso en que hay nulidad en el juicio por no haberse notificado al Agente del Ministerio Público respectivo la sentencia de primera instancia y el auto que concedió el recurso de apelación. — En el juicio, sobre nulidad del matrimonio, instaurado por Herbert Schwartz y seguido con la oposición de Janice Wormser de Schwarzt, la Corte casa la sentencia que profirió el Tribunal Superior de Medellín el 2 de agosto de 1954, y declara nulo todo lo actuado en la segunda instancia del juicio.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 126

Compraventa—La obligación del vendedor de efectuar la tradición de la cosa vendida no queda cumplida con el simple registro de la escritura en que consta el contrato.—La Corte decide casar la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el juicio ordinario de Pastora Mejía Botero de Baena contra Cesarfina Carrión viuda de Bustamante, sobre cumplimiento de un contrato de compraventa.—Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel..... 129

Prueba de la posesión notoria del estado civil de hijo natural.—El juicio del sentenciador de instancia es intocable en casación. El reconocimiento de hijo natural es un acto jurídico de derecho familiar.—Nulidades del acto de reconocimiento.—El Ministerio Público puede demandar la nulidad absoluta del reconocimiento hecho por un demente.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de fecha 29 de septiembre de 1954, dictada en el juicio ordinario seguido por Ana Tilcia Buitrago de Noriega contra Adelaida Fandiño de Díaz. Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 136

Prescripción de la acción de rescisión por lesión enorme. — Interrupción.—Técnica de casación.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo fechada el 5 de noviembre de 1953, en el juicio ordinario instaurado por Carmen Fonseca de Fernández contra Sagrario Fonseca Avella.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse..... 150

Acción del dueño para que se le restituya un predio por quien detenta la calidad de simple tenedor.—La Corte no casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de fecha 2 de noviembre de 1954, dictada en el juicio ordinario promovido por Manuel Antonio González y otro contra Jacinto y Víctor Rozo. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 155

La Corte se pronuncia sobre la responsabilidad del transportador aéreo, el valor probatorio de los informes de la Dirección General de Aeronáutica Civil, la acción contractual y la extracontractual que pueden originarse de un mismo accidente, la opción en favor del causahabiente, el perjuicio específico causado por la culpa contractual y la extracontractual, etc.—Se casa la sentencia de fecha 15 de febrero de 1954, pronunciada por el Tribunal Superior de Barranquilla en los juicios acumulados de Carlos Calle Londoño y otros contra Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca).—Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 162

Se declara desierto un recurso de casación porque la demanda no fue formalizada por abogado inscrito en la Corte.—Se declara desierto el recurso de casación interpuesto por Angelina Beltrán de Angarita contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario de la nombrada contra Bernarda y Camilo A. Angarita—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 188

Recurso de hecho.—Se resuelve que no hay lugar a conceder el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 16 de mayo de 1955, del Tribunal Superior de Pamplona proferida en el juicio ordinario adelantado por Natividad Valencia de San-

Págs.

doval contra el doctor Gustavo Buenahora. Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse 189

El derecho de herencia.—Cesión. — La Corte no casa la sentencia proferida el 29 de octubre de 1954 por el Tribunal Superior de Pereira, en el juicio ordinario iniciado por Ernesto Peláez Gómez contra Julio Arcesio Ríos y Carmen Muñoz v. de Gómez sobre reivindicación de unas porciones de terreno. Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 192

Acción de pertenencia por prescripción adquisitiva extraordinaria. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 2 de septiembre de 1953, dictada en el juicio ordinario de Ana Tulia Guarín v. de Monroy contra Miguel J. Neira, Carlos A. Neira y Román Quiñones; juicio iniciado en virtud de la oposición presentada por la demandante a la acción de pertenencia propuesta por aquéllos. — Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila..... 200

Oposición a la adjudicación de unos terrenos baldíos.—Parcialidad de indígenas.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pasto en el juicio ordinario promovido por Julio Arboleda contra Heriberto Mingán, sobre la oposición expresada.—Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel 212

SALA DE CASACION PENAL

Solicitud de extradición.—Auto de detención. La Corte emite concepto adverso a la solicitud de extradición de Charles Stenning Orellana, formulada por el Gobierno del Perú.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 220

Caso en que el juez de instancia ha debido clausurar el sumario con la sentencia del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal y no con un sobreseimiento definitivo. — La Corte revoca la providencia del Tribunal Superior de Cartagena, de fecha 26 de febrero de 1954, por la cual se sobreseyó definitivamente en favor del doctor Carlos Enrique Méndez Bolívar, ex-Juez Promiscuo del Circuito de San Andrés (Islas), por los cargos que le hizo el Personero Municipal de dicho lugar.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra..... 227

Detención arbitraria.—La Corte reforma sentencia del Tribunal Superior de San Gil en el proceso seguido contra el doctor Ignacio Garzón, en su carácter de Juez primero superior de San Gil, y en su lugar declara que los hechos imputados a dicho juez no existieron y, en consecuencia ordena cesar todo procedimiento contra él.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 229

El delito de detención arbitraria.—Se confirma la providencia del Tribunal Superior de Bucaramanga por la cual se ordenó cesar todo procedimiento contra el doctor Miguel Bohórquez Prada en su calidad de Juez Tercero Superior de Bucaramanga, de los cargos de abuso de autoridad y detención arbitraria por los que se le sindicó.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra..... 232

Colisión de competencias.—Directores de cárceles.—Se dirime colisión de competencias suscitada entre el Juzgado Segundo Superior de Manizales y el Comando del Batallón de Infantería Ayacucho, en el sentido de atribuir al primero el conocimiento del negocio adelantado contra Samuel Arango Toro, por un delito de prevaricato.—Magistrado Ponente: - Dr. Domingo Sarasty Montenegro 234

Cambio de radicación de un proceso penal.— La Corte conceptúa que es el caso de radicar en otro Distrito Judicial el proceso que, por el delito de concusión, se les sigue a Pablo Núñez, Alfredo Parra y Argilio Montealegre en el Juzgado 1º Superior de Ibagué.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra. 237

Colisión de competencias.—Delitos conexos.— Se dirime colisión de competencias surgida entre el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira y el Juzgado Penal del Circuito de Anserma, en el sentido de atribuir al primero el conocimiento del negocio adelantado contra Gabriel Trejos por los

Págs.

delitos de rapto e incesto.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro.. 239

Sobreseimiento definitivo. — Consulta. — La Corte declara bien denegada la apelación interpuesta por el Fiscal 2º del Tribunal Superior de Cali, contra la providencia por la cual se sobresee definitivamente en favor de Eric Preciado Olmedo, en las diligencias adelantas contra él por un delito de homicidio—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 242

Se declara desierto el recurso de casación por falta de fundamentación jurídica en la demanda.—Se declara desierto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali que absolvió a los procesados Clemente Franco y Graciano García Torres del delito de hurto y los condenó por el delito de encubrimiento.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra..... 245

Colisión de competencias. — Miembros de la Policía.—Se dirime colisión de competencias suscitada entre el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartago y el Comando Superior de la Tercera Brigada de Cali por el conocimiento del negocio adelantado contra Samuel Antonio Henao Correa, en el sentido de atribuírle al Juzgado nombrado su conocimiento.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve..... 247

Colisión de competencias en un proceso por calumnia—La Corte resuelve que es al Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira y no al Segundo Penal del Circuito de Manizales, a quien corresponde el conocimiento de las diligencias por calumnia adelantadas contra Arcadio Arbeláez, Esteban Alvarez y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 249

La redacción de los cuestionarios que se someten al Jurado ,según el sistema vigente. —Intervención de la Procuraduría en los asuntos del conocimiento de la Sala Penal de la Corte, cuando el recurso de casación ha sido interpuesto por los Fiscales de los Tribunales.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo de 9 de noviembre de 1954, por la cual se absolvió a Carlos Julio y Jesús Albarracín del delito de homicidio y declara nulo lo actuado en el juicio a partir de la audiencia en adelante.—Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 251

Solicitud de desembargo de unos bienes dentro de la casación. — Se ordena tramitar como una articulación la solicitud de desembargo hecha por quien no es parte recurrente. — En el recurso interpuesto por Carlos Saúl Goyeneche contra un auto de la Sala, la Corte repone su propio auto de fecha 6 de agosto de 1955, en cuanto por él se abstuvo de pronunciarse sobre la solicitud de desembargo de una porción de terreno, secuestrada en el proceso de que conoce.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 256

Colisión de competencias.—Agentes de Policía.—Se dirime la colisión de competencias suscitada entre el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartago y el Comando de la Tercera Brigada de Cali, en el sentido de atribuírle al primero el conocimiento del negocio seguido contra Santiago García Arboleda por el delito de "la fuga de presos". — Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 258

Abuso de autoridad.—Intervención en política.—Abandono del cargo.—Se confirma la providencia del Tribunal Superior de Santa Marta que ordenó cesar todo procedimiento contra el doctor Manuel Villa Mendoza por los delitos que se le imputaban. Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 261

Causales tercera, cuarta y séptima de casación.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de 25 de marzo de 1955, por la cual se condenó a Gabriel Mejía como responsable de la muerte de Bernardo Sánchez. — Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 264

La riña imprevista como circunstancia modificadora de la responsabilidad. — La Corte no casa la sentencia proferida por el Tri-

Págs.

bunal Superior de Bogotá, en el juicio seguido contra Martiniano Ramos Ramos por los delitos de homicidio y lesiones personales.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 267

Abuso de autoridad.—Intervención judicial o administrativa. — Se confirma la providencia del Tribunal Superior de Popayán, de fecha 1º de septiembre de 1954, por la cual se sobresee definitivamente en favor del doctor César Ernesto Muñoz Torres de los cargos que se le hicieron en su calidad de Juez Segundo Civil del Circuito. — Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 271

Concusión y cohecho. — Elementos.—Diferencias entre los dos delitos.—La Corte revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla por la cual condenó al doctor José María Barraza Lora por el delito de concusión y declara nula la actuación a partir del auto de proceder a fin de que se reponga el procedimiento de ahí en adelante.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra 274

Cambio de radicación de un proceso. — La Corte conceptúa que es el caso de radicar en otro Distrito Judicial el proceso, que en el Juzgado Segundo Superior de Ibagué, se adelanta a Edmundo Peralta Bretón por estafa, abuso de confianza y otras defraudaciones. — Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 279

La soberanía de los jurados de conciencia.— Se declara desierto el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la sentencia de 20 de abril de 1955, del Tribunal Superior de Pereira, en la cual se absolvió a Heriberto Bocanegra del delito de homicidio. — Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 283

Abuso de autoridad.—Demoras.—Se confirma la providencia de fecha 24 de noviembre de 1954, proferida por el Tribunal Superior de Pamplona, por la cual se sobresee definitivamente en favor del doctor Pablo Arias Rubio, por los cargos que se le hicieron en la denuncia contra él presentada por Enrique Rochels.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro..... 286

La embriaguez ante la ley.—La imprevisión o la temeridad en la culpa.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, fechada el 15 de marzo de 1955, en la cual se condenó a Joaquín Emilio Padierna como responsable del delito de homicidio preterintencional—Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 291

Admisibilidad del recurso de casación—Se declara inadmisible el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira que condenó a Guillermo González Marín por el delito de lesiones personales. — Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 298

Anomalía psíquica grave. — Penas y medidas de seguridad.—Distinción. — Se invalida el fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga, por el cual se impuso a José María Herrera Ospina la medida de seguridad consistente en la reclusión en una colonia agrícola especial por el delito de homicidio cometido en la persona de Marco Antonio Cardona Uribe y en su lugar impone al sindicado un mínimo de reclusión de años y lo condena al pago de los perjuicios civiles provenientes del delito—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro..... 299

Delito de robo.—Causal segunda de casación. La Corte casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil en la causa contra Aniceto Abaunza por el delito de robo agravado. —Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra 306

Recurso de hecho.—Se declara bien denegado el recurso de casación interpuesto por el defensor de Luis Meléndez Pérez contra la sentencia del Tribunal Superior de Pasto proferida en el negocio seguido contra aquél por el delito de lesiones personales.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra..... 312

Págs.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

La Corte revoca sentencia del Tribunal Superior y ordena devolverle el juicio, sobre propiedad de unas minas y exclusión de terrenos dados en concesión, para que falle en el fondo sobre las pretensiones de la demanda.—En el juicio ordinario instaurado por el señor Gilberto Moreno Restrepo contra la Nación sobre dominio y posesión de unas minas situadas en terrenos del Municipio de Mercaderes, Departamento del Cauca, se decide revocar la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Popayán el 8 de octubre de 1954.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A..... 314

Reivindicación. — Prueba del dominio. — Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, pronunciada en el juicio ordinario instaurado por el señor Florentino Martínez C. contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A..... 319

Acción ordinaria sobre propiedad del petróleo que pueda encontrarse en los terrenos comprendidos dentro de los linderos de una propuesta de contrato. — Necesidad de determinar la extensión de las tierras objeto de adjudicación por parte del Estado.—En el juicio ordinario de única instancia seguido por el Municipio de Manatí contra la Nación para que se declare que pertenecen al Municipio demandante y a los de Candelaria y Campo de la Cruz las minas de metales no preciosos y las sustancias minerales no metálicas que se encuentren en el subsuelo de las tierras conocidas con el nombre de "La Mancomunidad", la Corte niega todas las peticiones impetradas en la demanda del Municipio de Manatí y absuelve a la Nación de los cargos formulados contra ella.—Magistrado Ponente: Dr. Néstor Pineda 322

Cuando un inmueble de propiedad privada ha sido definitivamente incorporado a un servicio público, no debe decretarse la restitución al propietario.—Obligación del Estado de pagar el valor del inmueble de propiedad particular que ha sido incorporado al patrimonio público. — Se confirma parcialmente la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Barranquilla de fecha 22 de febrero de 1954, en el juicio ordinario contra la Nación, seguido por la señora Dominga Dávila v. de Alvarez Correa, sobre la propiedad del inmueble denominado "Monigote", situado en jurisdicción del Municipio de Barranquilla. — Magistrado Ponente: Dr. Néstor Pineda 329

Demanda de tercerías en juicio ejecutivo.— Alcance de los artículos 1065 y 1066 del Código Judicial.—Se confirma el auto del Tribunal Superior de Bogotá por el cual admitió la demanda de tercería del doctor Alvaro Ahumada en el juicio ejecutivo que adelanta el Departamento de Cundinamarca contra Manuel Uribe Afanador y Humberto Arbeláez. — Magistrado sustanciador: Dr. Roberto Goenaga 334

Acción reivindicatoria.—Acción que debe entablar el particular afectado en su derecho de propiedad sobre un inmueble, en caso de ocupación de hecho por el Estado.—La Corte confirma la sentencia que el Tribunal Superior de Barranquilla profirió en el juicio ordinario seguido por el Banco Comercial Antioqueño contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 336

Necesidad de determinar el terreno cuyo petróleo se reclama como de propiedad privada frente al Estado.—En el juicio ordinario promovido por Camilo y Alfonso Manrique S. contra la Nación, la Corte declara no probados los hechos fundamentales de la demanda y absuelve a la Nación de todos sus cargos.—La demanda en este juicio se motivó por haber aceptado el Ministerio de Minas y Petróleos la propuesta número 541 que formuló el señor Enrique Cortissoz para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional en terrenos situados en los municipios de Baraya y Villavieja del Departamento del Huila.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A. 344

Págs.

Se confirma sobreseimiento definitivo en favor de un abogado, por cargos hechos a su ejercicio profesional.—En el juicio especial seguido contra el doctor Luis Angel Zapata García, la Corte confirma lo resuelto por el Tribunal Superior de Medellín el 12 de julio de 1955. — Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 350

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: LUIS ANTONIO ALVARADO PANTOJA

TOMO LXXXI - BOGOTA, COLOMBIA. OCTUBRE DE 1955 - NUMERO 2159

S A L A P L E N A

MOCION DE DUELO APROBADA EN CORTE PLENA CON MOTIVO DE LA MUERTE DEL EX-MAGISTRADO DE LA CORTE, DR. CAMPO ELIAS AGUIRRE

"La Corte Suprema de Justicia registra con profundo pesar el fallecimiento del Magistrado del Tribunal Superior de Medellín, doctor Campo Elías Aguirre, quien a lo largo de su meritoria carrera judicial, que culminó en la Magistratura y Presidencia de esta Corporación, fue un connotado penalista, un juzgador honesto, prudente e ilustrado, y en su vida privada un ciudadano ejemplar.

"En nota de estilo transcríbase esta moción a la familia del doctor Aguirre y al Tribunal Superior de Medellín, y publíquese en la GACETA JUDICIAL".

(Proposición aprobada en sesión ordinaria de Sala Plena de fecha 6 de octubre de 1955).

SE RECHAZA LA DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD DE UNOS ACTOS LEGISLATIVOS

No conoce la Corte ni tiene competencia para decidir de las acusaciones que se presentan contra los artículos de la misma Carta, o contra las enmiendas que le introduzca el poder constituyente. La guarda de la integridad de la Constitución no podría entenderse, pues sería absurdo, como un medio consagrado por la Carta para revisar los actos del poder constituyente. Estos actos, una vez expedidos, no están sujetos a revisión de ninguna especie por ninguno de los poderes constituídos; porque ello implicaría admitir el absurdo de que hay derecho contra derecho: la tesis es tan clara, tan evidente, que sería inoficioso detenerse a analizarla.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, veintiocho de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A.)

El señor Germán Molina Callejas, mayor y vecino de Ginebra (Valle) donde reside, invocando su calidad de ciudadano colombiano demanda ante la Corte la declaración de inexequibilidad de los Actos Legislativos número 1º, de 18 de junio de 1953 y número 1º de 30 de julio de 1954.

No obstante la índole especial de este procedimiento, la Corte debe examinar, como cualquier otro juez, antes de admitir una demanda, si es o no competente para conocer de ella: de lo contrario se expondría a dejar viciada su actuación desde el principio.

Como se deduce de la mera lectura del escrito de demanda presentado personalmente el 13 de los corrientes en el Juzgado Municipal de Ginebra, domicilio del demandante, y también del memorial anexo que presentó ante el Juzgado el 24 de los mismos, recibido el primero en la Secretaría de la Corte el 17 de octubre corriente y el segundo el 27, es claro que lo que pretende la demanda es acusar por inexequibilidad unos actos del poder constituyente, comoquiera que ellos emanan de la Asamblea Nacional creada por el Acto Legislativo número 1º de 1952, a fin de enmendar el texto de la Carta, con aplicación del procedimiento indicado en el artículo 218 de la misma.

El artículo 214 de la Constitución, y al cual se acoge la demanda del señor Molina Callejas, establece de manera muy clara que los actos acusables ante la Corte, en acción de inexequibilidad, son los siguientes:

1º Los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales;

2º Cualquiera de las leyes dictadas por el Congreso, y

3º Cualquiera de los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76, y el artículo 121 de la Constitución.

Según esto la competencia de la Corte para decidir sobre la exequibilidad de los actos acusados, está limitada y definida, en razón de la materia de que pueda conocer, a los actos de que se habla.

No conoce la Corte ni tiene competencia para decidir de las acusaciones que se presenten contra los artículos de la misma Carta, o contra las enmiendas que le introduzca el poder constituyente. La guarda de la integridad de la Constitución no podría entenderse, pues sería absurdo, como un medio consagrado por la Carta para revisar los actos del poder constituyente. Estos actos, una vez expedidos, no están sujetos a revisión de ninguna especie por ninguno de los poderes constituídos; porque ello implicaría admitir el absurdo de que hay derecho contra derecho: la tesis es tan clara, tan evidente, que sería inoficioso detenerse a analizarla.

Siendo así que la Constitución no podía darle, como no le ha dado, a ninguno de los poderes constituídos —Legislativo, Ejecutivo y Judicial, últimamente designados con el carácter de ramas del Poder público—, la facultad para revisar aquellos actos, luego la Corte carece de competencia para conocer de acusaciones como la propuesta por el señor Molina Callejas.

El artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910, designaba los proyectos de ley llamán-

dolos defectuosamente actos legislativos (con minúscula), ello quizá hubiera dado lugar a que se pensara, ateniéndose al tenor literal de esa designación defectuosa, que la Corte hubiera recibido poder para decidir acerca de la inexequibilidad de tales actos, sin embargo a nadie se le ocurrió sostener semejante cosa; pero con la reforma del artículo 53 del Acto Legislativo número 1º de 1945, que le dá contenido al 214 de la codificación oficial de nuestra Carta, se eliminó toda duda al respecto, si alguna hubiera surgido.

No siendo, pues, ni un proyecto de ley tildado de inexequible por el Gobierno, ni una ley expedida por el Congreso, ni un decreto de los que puede dictar el Gobierno conforme a las atribuciones de los textos constitucionales citados en el artículo 214 de la Carta, el objeto o materia de la demanda del ciudadano Germán Molina Callejas, la Corte no tiene jurisdicción para conocer de ella, porque escapa a la esfera de sus atribuciones y, en consecuencia, la demanda debe rechazarse de plano, so pena de adelantar, a sabiendas, actuaciones viciadas de nulidad. Por lo expuesto, se resuelve:

Recházase de plano la demanda del señor Germán Molina Callejas en que acusa como inconstitucionales los actos legislativos número 1º de 18 de junio de 1953, y número 1º de 30 de julio de 1954.

Ejecutoriada esta providencia insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Notifíquese al demandante.

Luis Enrique Cuervo A. — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

DEMANDA SOBRE NULIDAD DE UN REMATE DE BIENES VERIFICADO EN JUICIO EJECUTIVO. — NULIDAD PROCESAL Y SUSTANTIVA. — PARTES EN ESTOS JUICIOS

1. — En varias ocasiones ha expresado la Corte "que el acto del remate en pública subasta puede ser enjuiciado, en cuanto a su validez, como un acto civil, como un contrato de venta en que el juez representa al vendedor, y como una simple actuación judicial o diligencia procesal, y que la cuestión ha de examinarse y decidirse a la luz de disposiciones legales diferentes, según sea una y otra la condición en que se considere: si como contrato, se rige por los principios y reglas sustantivas que gobiernan la teoría general de los actos y declaraciones de la voluntad, y si se considera como diligencia o actuación judicial, el problema de su nulidad cae bajo las disposiciones de la ley procedimental que determinan las causas de su invalidación por falta de las formalidades prescritas para hacer el remate de bienes".

2.—Si se demanda la nulidad del remate considerado como contrato, o sea, invocando un motivo de nulidad sustantiva, debe trabarse la controversia con presencia o intervención de las partes que intervinieron en la subasta: el tradente, representado por el juez, y el adquirente o rematante, que son los interesados en mantener las relaciones jurídicas creadas por la venta; pero si se demanda la nulidad del juicio en que se consumó el remate, con base en las irregularidades de procedimiento constitutivas de nulidad, entonces es necesario citar como partes a las mismas que lo fueron en el negocio en que se verificó la subasta, pues los derechos de éstas pueden resultar lesionados en el nuevo proceso y se les condenaría, en su caso, sin haberlas oído y vencido en juicio.

Pero si, como en el presente juicio, la parte demandante pide que se declare la nulidad procesal y la nulidad sustantiva del remate, puede separarse el estudio de las causales de invalidez y declarar probada o no la que así se estime, exigiendo naturalmente, la presencia de los interesados respectivos, como queda explicado en el aparte anterior.

3.—La sentencia que fija la fecha presuntiva de la muerte de un desaparecido tiene efecto retroactivo para las finalidades señaladas en la ley; pero ese efecto no puede ser absoluto y para todo el mundo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, tres de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 16 de diciembre de 1954, confirmó la de 26 de agosto del mismo año, proferida por el Juzgado 2º Civil de este Circuito, por medio de la cual declaró "probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada" y, como consecuencia, que no era el caso "de hacer las declaraciones pedidas por los demandantes", en el juicio ordinario de **Ana Beatriz García de Pinzón, Alicia Díaz de Espinosa y Teresa García de Alba**, sobrinas de Guillermo García Campos, contra **Rafael Mejía Bermúdez.** Los actores fueron condenados, además, a pagar las costas del juicio.

El apoderado de la parte actora interpuso contra dicha sentencia el recurso de casación.

Antecedentes

I.—Guillermo García Campos le debía al Municipio de Fontibón, por concepto de impuesto predial, la suma de $ 105.60, deuda que se dedujo

por reconocimiento número 25, de 3 de agosto de 1942, y desde el año de 1929 (f. 5 del c. 1).

II.—Con base en tal reconocimiento la tesorería municipal de Fontibón libró mandamiento de pago, por vía ejecutiva, contra el mentado García Campos, por la suma dicha y sus intereses, al 1% mensual, desde 1929. La ejecución la prosiguió luégo, por comisión de la tesorería, el juzgado municipal, y culminó el 7 de octubre de 1943, con el remate de la casa del ejecutado, marcada con los números 12-96 y 12-98 de la nomenclatura del citado municipio, casa que adquirió como rematador el señor Rafael Mejía Bermúdez (fls. 16 y 17 del c. 2), por la suma de $ 4.900.00, previo avalúo en $ 7.000.00 (fls. 16 y 17 del c. 2).

III. — Conviene anotar también, como antecedente para el estudio del recurso, que Guillermo García Campos no compareció personalmente al juicio ejecutivo que se adelantó con el curador **ad-litem** nombrado al efecto, que lo fue el doctor Luis Eduardo García Díaz (fls. 16, 17, 24 y 25 del c. 2º).

IV. — Es más, sobre el mentado García Campos recayó un fallo de presunción de muerte por desaparecimiento, con fecha 8 de septiembre de 1950, y como día de su muerte presuntiva se fijó el 30 de junio de 1932 (fls. 21 a 23 del c. 2º). Sobre esa base se abrió el correspondiente juicio de sucesión, en el cual fueron reconocidas como herederas en el año de 1952, Ana Beatriz García de Pinzón, Teresa García de Alba y Alicia Díaz de Espinosa (fls. 20 del c. 2 y 3 y v. del c. 1).

V.—Las mentadas señoras Ana Beatriz, Alicia y Teresa, sobrinas de García Campos, demandaron en juicio ordinario al rematador del inmueble en el juicio ejecutivo, Rafael Mejía Bermúdez, y solicitaron que se hicieran las siguientes declaraciones, en número de diez: 1º Que es nula la sentencia de pregón y remate del inmueble; 2º que es nula la diligencia de remate del mismo; 3º que es nula la providencia que aprobó la citada diligencia de remate; 4º que es nula la inscripción del remate en el registro; 5º que es nula la venta que se efectuó por el remate dicho; 6º que los inmuebles pertenecen a la sucesión de Guillermo García Campos; 7º que Rafael Mejía Bermúdez debe restituirlos a la sucesión; 8º que debe, además, pagar los frutos naturales y civiles que el inmueble hubiera podido producir; 9º que se inscriba la demanda en el registro; y 10º que se condene en costas al demandado (fl. 12 del c. 1).

VI.—Como hechos que sirven de base a la demanda se enumeran veintitrés, de los cuales se citan sucintamente los necesarios para la decisión del recurso, como se verá en seguida:

El Tesorero de Fontibón inició el juicio ejecutivo contra Guillermo García Campos; le nombró como curador **ad-litem**, no a un abogado, sino a un médico, el doctor Luis Eduardo García Díaz; el Tesorero comisionó a quien carecía de jurisdicción y competencia para proseguir el juicio, como era el juez municipal, y éste adelantó el juicio hasta su culminación; el curador **ad-litem** no pidió la nulidad por desconocimiento del derecho, lo que significa que Guillermo García estuvo indebidamente representado; Rafael Mejía Bermúdez adquirió el inmueble rematado y se le hizo entrega el 9 de noviembre de 1943; no se dejó constancia de los sitios en que se publicaran los carteles para el remate ni se dieron los pregones del caso; a los herederos de García Campos no les fue notificado el reconocimiento de la deuda, base de la ejecución; Guillermo García había fallecido antes de iniciarse el juicio ejecutivo, era persona conocida en Fontibón y todo el mundo sabía quiénes eran sus herederos; el juicio de sucesión del citado García se abrió y en él fueron reconocidas como interesadas sus sobrinas, las señoras demandantes; el remate se hizo sin la manifestación de voluntad del tantas veces nombrado Guillermo García Campos, **por haber** fallecido antes.

VII.—El Juzgado 2º del circuito de Bogotá declaró probada la excepción **perentoria de ilegitimidad** de la personería sustantiva de la parte demandada, aunque reconoce que en la tramitación hubo irregularidades graves. Pero afirma: que la acción se dirigió "contra una persona que nada tiene que ver con los errores que hubieran podido cometerse"; que el ejecutante no es Mejía Bermúdez, sino el Municipio de Fontibón; y que el nombrado Mejía Bermúdez (rematante), no está obligado a responder por las actividades cumplidas por la entidad municipal, en una palabra, "fue un tercero en este negocio", tanto más cuanto se alega que el ejecutado "no fue legalmente notificado o emplazado".

El Tribunal expresa que "la impugnación que en primer término formula el demandante es contra la sentencia de pregón y remate proferida en la mencionada ejecución. Las demás súplicas son

consecuencia de la primera, como claramente aparece del libelo. De esta suerte, carece de toda viabilidad jurídica una acción que, como la presente, se intenta con prescindencia de una de las personas que fue parte en el juicio cuya revisión se solicita", porque, como lo explica en otro lugar, si la sentencia de pregón y remate no funda la excepción de cosa juzgada y puede revisarse, por tanto, por la vía ordinaria, ello sólo tiene cabida cuando la parte interesada "tiene oportunidad de discutir e impugnar las pretensiones de su contraparte". Si una persona no ha sido citada al juicio en que se controvierte aquella sentencia de pregón y remate, "no la podría afectar ni perjudicar en forma alguna" el fallo en que aquella providencia se revise por la vía ordinaria.

Más concretamente dice con anterioridad el Tribunal que lo que el actor alega como base de su acción es que, por haber muerto presuntivamente el ejecutado García Campos antes de iniciarse el juicio ejecutivo, el emplazamiento que se le hizo se inválido; que la ejecución ha debido intentarse contra sus herederos o causahabientes, previo cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 1434 del código civil; y que hubo falta de consentimiento en el acto jurídico de la subasta. Pero esta falta de consentimiento que se pretende en la subasta —replica el Tribunal— "es consecuencia forzosa e inseparable de la pretensa mala citación del ejecutado dentro del juicio" y lo resuelto en el ejecutivo "junto con sus consecuencias jurídico-patrimoniales, no puede ser revisado ni modificado a espaldas de la parte ejecutante".

Como ya se dijo, la parte actora interpuso contra la sentencia del Tribunal el recurso de casación.

Demanda de casación

El recurrente acusa el fallo con base en la causal primera del artículo 520 del código judicial, "por error de hecho manifiesto en la apreciación o interpretación de la demanda con que se inició el presente juicio".

En la demanda —dice— se hicieron tres peticiones fundamentales: primera, la nulidad de la sentencia de pregón y remate; segunda, la nulidad de la diligencia de remate y de su auto aprobatorio; y tercera, la nulidad de la venta hecha por medio del citado remate.

a) "**La revisión de la sentencia de pregón y remate** se impetró por dos razones: primera, por mala representación del demandado en el juicio que culminó con el remate de bienes; y segunda, por incompetencia de jurisdicción en el funcionario que continuó la tramitación del juicio y profirió la sentencia".

b) "**La nulidad de la diligencia de remate** se intentó por violación de las normas que determinan los requisitos procedimentales que han de cumplirse en un remate de bienes". Y

c) Se pidió "**la nulidad del remate, como contrato de compraventa**, porque el propietario de los bienes rematados había fallecido con anterioridad a la fecha en que el contrato se celebró", no consintió en él, ni en ese acto intervinieron "sus herederos para representarlo".

El Tribunal entendió que se pedía "la revisión del juicio ejecutivo", la revisión de la sentencia de remate y la nulidad del remate mismo, como diligencias judiciales y como contrato de compraventa consecuenciales de la revisión de dicha sentencia, y la falta de consentimiento como resultado de la mala citación del ejecutado; pero olvidó la petición tal como se hizo en la demanda y en los hechos 6º, 9º y 15º de la misma y que la respaldan.

El Tribunal se limitó a estudiar el problema de la revisión de la sentencia de pregón y remate, diciendo que el municipio de Fontibón, ejecutante en el juicio, no había sido demandado en este proceso, siendo así que, "para demandar la nulidad de un remate como acto jurídico no se requiere demandar al ejecutante en el juicio ejecutivo en que se llevó a cabo esa venta forzada, atendiendo a lo establecido en los artículos 472, 473, 593 del código judicial y lo sentado por la H. Corte Suprema de Justicia sobre ese particular". Y concluye:

"Cuando se impetra la nulidad del remate como contrato sólo se parte del punto de vista de que ese negocio se realizó entre el dueño del bien, representado por el juez que preside la subasta, por una parte, y el rematador o adquirente por otra, sin que sea necesario solicitar la revisión del juicio en que se llevó a cabo, ni mucho menos demandar al ejecutante en él, porque no se va a atacar la autoridad de la cosa juzgada ni mucho menos se trata de obtener la nulidad del proceso que adelantó dicho ejecutante".

Ahora bien, el Tribunal por haber incurrido en ese error manifiesto, dejó de apreciar siete pruebas allegadas al expediente, a saber: primero, la sentencia que declaró la presunción de muerte por desaparecimiento del ejecutado; segundo, la escritura por medio de la cual se protocolizó el remate de bienes cuya restitución se solicitó; ter-

cero, la inspección ocular en que se verificó que los herederos de García Campos no habían intervenido en el juicio por no habérseles notificado el título ejecutivo contra su causante y la entrega material del bien al adquirente; cuarto, la identificación del inmueble; quinto, el avalúo del mismo y de sus frutos; sexto, la posesión por parte del demandado; y séptimo, la apertura de la sucesión del señor García Campos.

El Tribunal, con el error de hecho en que incurrió, quebrantó las siguientes disposiciones: por falta de aplicación, el artículo 9º de la ley 57 de 1887, el 741, inciso 3º y el 742 del código civil; igualmente, por falta de aplicación, los artículos 502, 1503, 1849 y 1857 del código civil y 1052 del código judicial; también por falta de aplicación, los artículos 1740 y 1741 del código civil y 2º de la ley 50 de 1936; en fin, dejó de aplicar el Tribunal los artículos 950, 952 y 964 del código civil, y 953, 597, 472 a 474 del código judicial.

En la interpretación de la demanda, concluye el escrito, la sentencia "no se ciñó a los límites que le trazó el demandante, ya que el acto jurídico de donde se hace derivar toda la importancia de la demanda, es la nulidad del remate como contrato de venta, y ese acto, que constituye el objeto fundamental y categórico de la demanda, no podía ser indiferente para el H. Tribunal Superior".

Consideraciones de la Corte:

En varias ocasiones ha expresado la Corte "que el acto del remate en pública subasta puede ser enjuiciado, en cuanto a su validez, como un acto civil, como un contrato de venta en que el juez representa al vendedor, y como una simple actuación judicial o diligencia procesal, y que la cuestión ha de examinarse y decidirse a la luz de disposiciones legales diferentes, según sea una u otra la condición en que se considere: si como contrato, se rige por los principios y reglas sustantivas que gobiernan la teoría general de los actos y declaraciones de la voluntad, y si se considera como diligencia o actuación judicial, el problema de su nulidad cae bajo las disposiciones de la ley procedimental que determinan las causas de su invalidación por falta de las formalidades prescritas para hacer el remate de bienes". (Casación de 13 de abril de 1943, G. J. tomo LV, números 1996-97, página 274).

También ha dicho que "una cosa es la nulidad de un remate, y otra bien distinta la nulidad del juicio ejecutivo en que tal remate se efectuó. Pedida y decretada la nulidad del juicio ejecutivo en el cual se llevó a cabo el remate, éste también queda sin efecto; pero no viceversa, pues el remate sólo puede anularse por las causales determinadas en la ley, o cuando expresamente se ha pedido la nulidad de todo el juicio ejecutivo". (Fallo de 15 de noviembre de 1943, G. J. tomo LVI, números 2001-05, página 608).

Dados estos principios, fácil es deducir qué personas han de intervenir en el juicio en que se controvierta sobre la nulidad de un remate: si se demanda la nulidad del remate considerado como contrato, o sea, invocando un motivo de nulidad sustantiva, debe trabarse la controversia con presencia o intervención de las partes que intervinieron en la subasta: el tradente, representado por el juez, y el adquirente o rematante, que son los interesados en mantener las relaciones jurídicas creadas por la venta; pero si se demanda la nulidad del juicio en que se consumó el remate, con base en las irregularidades de procedimiento constitutivas de nulidad, entonces es necesario citar como parte a las mismas que lo fueron en el negocio en que se verificó la subasta, pues los derechos de éstas pueden resultar lesionados en el nuevo proceso y se les condenaría, en su caso, sin haberlas oído y vencido en juicio.

Pero si, como en el presente juicio, la parte demandante pide que se declare la nulidad procesal y la nulidad sustantiva del remate, puede separarse el estudio de las causales de invalidez y declarar probada o no la que así se estime, exigiendo, naturalmente, la presencia de los interesados respectivos, como queda explicado en el aparte anterior. Esto por lo ya expresado en las citadas doctrinas de la Corte: porque la nulidad sustantiva y la adjetiva son diferentes; porque obedecen a motivos distintos; porque no son contrarias e incompatibles entre sí; porque no dependen la una de la otra; porque los interesados en que se declaren pueden ser diversos; y porque si no se encuentra acreditada la una, puede hallarse demostrada la otra y así está obligado el juez a declararlo (artículos 209 y 593 del C. J.).

Respecto de la nulidad procedimental afirma el recurrente que "en parte alguna de la demanda aparece que se hubiera impetrado la revisión del juicio ejecutivo que culminó con el remate de bienes", ni la revisión de la sentencia de pregón y remate y falta de capacidad y consentimiento del dueño de los bienes "como una consecuencia de su mala citación" dentro del juicio ejecutivo.

Pero en los hechos segundo a quinto, octavo, décimo-nono, vigésimo-primero y vigésimo-tercero de la demanda se alega: la indebida representación adjetiva del ejecutado; la carencia de jurisdicción en el juez comisionado; el incumplimiento de los requisitos exigidos para la subasta en lo referente a carteles, pregones y lectura del cartel de remate; y resume en el último hecho los fundamentos de la acción en este particular diciendo que el ejecutado fue privado de sus bienes "por funcionario incompetente y sin el cumplimiento de las formalidades propias del juicio ejecutivo" (se subraya).

A esta circunstancia de ilegal representación del ejecutado, incompetencia de jurisdicción e incumplimiento de las formalidades propias para el remate en juicio ejecutivo no puede ser ajeno el ejecutante o demandante, o sea, el Municipio de Fontibón, por haber sido parte en ese juicio, así como tampoco para proferir la sentencia de pregón y remate, que es la primera súplica de la demanda.

En este particular tiene, pues, razón el Tribunal cuando expresa que lo actuado en el juicio ejecutivo y "con base en informalidades que se achacan a la actuación" en dicho juicio, "no puede ser revisado ni modificado a espaldas de la parte ejecutante", esto es, "con prescindencia de una de las personas que fue parte en el juicio cuya revisión se solicita".

Respecto de la nulidad del remate como contrato, es preciso tener en cuenta que en la demanda se pide la nulidad "de la venta que se efectuó mediante la diligencia de remate.... y mediante la cual adquirió los inmuebles relacionados el señor Rafael Mejía Bermúdez" y, en consecuencia, se pide que se ordene la restitución de tales bienes a la sucesión de Guillermo García Campos. Solicitud que tiene su base, como el recurrente lo afirma, entre otros hechos, en los marcados con los ordinales sexto, noveno y décimo-quinto, que expresan que el rematante adquirió los inmuebles en la fecha consabida, "porque en dicho día se llevó a cabo la diligencia del remate"; que "el juicio ejecutivo se inició y adelantó sin que a los herederos del señor García Campos se les hubiera hecho la notificación judicial" del título que motivó la ejecución; y que el Sr. García Campos había fallecido con anterioridad al remate y, por tanto, no pudo haber "manifestación de la voluntad y del consentimiento" del mismo Sr. García Campos hecha por el juez ejecutante en su representación, dado que había dejado de ser sujeto de derecho.

La Corte estima que se alega una nulidad del remate como contrato, o sea, sustantiva, en lo atañedero a la falta de consentimiento del dueño del inmueble rematado por haber fallecido antes de la ejecución y no haber sido representado debidamente por el juez ni por los herederos. Y para hacer dicha declaración, si aparece probada, y que puede hacerse con independencia de la nulidad proveniente de las irregularidades de procedimiento, sí están presentes las partes interesadas: el tradente o ejecutado, dueño del inmueble, representado por el juez en el ejecutivo, y en el presente juicio por los herederos presuntivos, y el adquirente o rematante.

Pero esta nulidad sustantiva no existe, porque si bien es cierto que el juzgado fijó como fecha de presunción de muerte del señor García Campos el 30 de junio de 1932, tal fijación se hizo en 1950, o sea, siete años después de verificado el remate de que se trata, el cual se realizó el 7 de octubre de 1943. De esta suerte, para la época en que se inició el juicio ejecutivo y se hizo el aludido remate la situación del demandado era la de un deudor conocido pero cuya residencia se ignoraba, caso para el cual han de cumplirse —y se cumplieron— las prescripciones del artículo 317 del código judicial, que terminaron con el nombramiento de un curador *ad-litem*.

Desde luego, la fecha en que se presume legalmente muerta a una persona tiene sus efectos: para que pueda procederse a la liquidación de la sociedad conyugal, si la hubiere; para abrir el juicio de sucesión y determinar los derechos de los herederos; para dar primero la posesión provisoria de sus bienes y luégo la definitiva, que convierte en verdaderos dueños de los bienes a los asignatarios (artículos 93 y ss. del C. C.). Así, pues, la sentencia que fija la fecha presuntiva de la muerte de un desaparecido tiene efecto retroactivo para las finalidades señaladas en la propia ley; pero ese efecto no puede ser absoluto y para todo el mundo, porque de otros preceptos se colige que los derechos de terceros están a cubierto de la falla o deficiencia que supone la ausencia. Para no citar sino un ejemplo, basta con la regla 4ª del artículo 109 del código civil, que estatuye que si el desaparecido reaparece y se le decreta la rescisión del decreto de posesión definitiva de sus bienes, recobra éstos "en el estado en que se hallaren, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas y demás derechos reales constituídos legalmente en ellos". Precepto del cual

se concluye que si las adquisiciones hechas de la persona que se suponía muerta legalmente, pero que no lo estaba en realidad hay que respetarlas, a contrario sensu habrá que respetar las hechas de la persona que se suponía viva pero que legalmente fue declarada después como muerta, aunque la fecha que se señale sea anterior a la del acto o contrato.

En resumen y conclusión:

a) No es criticable la sentencia del Tribunal en cuanto declara probada la excepción perentoria, basada en que no fue considerado como integrante de la parte demandada el municipio de Fontibón, ejecutante, en lo que se refiere a las formalidades del juicio ejecutivo.

b) Tiene razón el recurrente en cuanto alega que el Tribunal no estudió la demanda y las pruebas en lo referente al contrato de venta hecho por medio del remate, o sea, en cuanto no estudió la nulidad sustantiva que la demanda pedía.

c) Pero como la Corte encuentra que no se ha demostrado esa nulidad, no ha de casarse la sentencia acusada que ha sido objeto del recurso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Sin costas en el recurso, por haberse acogido un cargo doctrinario.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

Agustín Gómez Prada — Ignacio Gómez Posse.

Luis Felipe Latorre U. — Alberto Zuleta Angel.

Ernesto Melendro L., Secretario.

EL ORDEN LOGICO EN EL EXAMEN DE LAS CAUSALES NO PUEDE MODIFICARSE POR EL RECURRENTE. — CAUSAL SEPTIMA DE CASACION. — LAS ACCIONES INDEMNIZATORIAS POR TRABAJOS PUBLICOS CON MOTIVO DE LA OCUPACION PERMANENTE DE LA PROPIEDAD PRIVADA POR LA ADMINISTRACION, SON DE COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA. — EFECTOS DEL FALLO SOBRE INEXEQUIBILIDAD

1.—Acusada en casación una sentencia por los motivos 1º y 7º del artículo 520 del C. J., la Corte estudia primeramente el cargo formulado por la causal séptima, porque aunque ésta se haya invocado subsidiariamente para el evento de que no se infirmara el fallo por la causal primera, el proyecto contenido en el artículo 537 del mismo Código impone a la corporación el deber de examinar "en orden lógico las causales aducidas". Como lo dijo la Corte en caso semejante, "esa pretensión del recurrente expresada en el sentido de señalar a la Corte la regla y el sistema que ha de adoptar en el examen del recurso, pugna con el texto del artículo 537 del C. J., disposición que le impone seguir el orden lógico y cuyo imperio no está sometido a lo que en contrario, y en conformidad con su personal criterio, opine el recurrente. Como el recurso de casación está instituído en obsequio del mantenimiento de la ley sobre las decisiones jurisdiccionales, y como el posible agravio que por su intermedio procuren reparar las partes es solo fin secundario de la institución que se alcanza indirectamente por ministerio del primordial y predominante, el principio dispositivo del procedimiento se atempera necesariamente a la índole del recurso; por ello es la ley la única norma que guía al tribunal de casación en el método del fallo, y no la voluntad que al respecto expresan la partes contendientes". (Casación: mayo 31 de 1948, LXIV, 419).

Por manera que aún en el supuesto de que el Tribunal, violando elementales normas de procedimiento, hubiera declarado la incompetencia jurisdiccional para conocer del negocio y al mismo tiempo hubiera decidido éste en el fondo, el orden lógico impondría a la Sala examinar primeramente el ERROR IN PROCEDENDO imputado a la sentencia con base en la causal séptima, porque ésta se refiere a un vicio de actividad por exceso o defecto de poder en el sentenciador al abstenerse de fallar en el fondo el negocio y declarar expresamente su inhibitoria por carencia de uno de los presupuestos procesales.

2.—La Corte reitera la doctrina según la cual "el motivo 7º de casación halla cabida, bien cuando el juzgador, teniendo cabal concepto de la acción intentada, se inhibe, sin embargo, de conocer del negocio SUB JUDICE, en la creencia falsa de corresponderle legalmente a otro funcionario de la misma o extraña jurisdicción; o cuando por erróneo entendimiento de la acción declara de modo expreso su inhibitoria, contra las normas positivas de la competencia. Lo esencial para la procedencia del motivo 7º aludido, es que el Tribunal decline explícitamente y sin base legal la jurisdicción en el pleito de que se trata, como allí se dice con toda claridad" (Casación, marzo 4 de 1954 LXXVII, 65).

3.—La Corte en fallo pronunciado en Sala Plena el 29 de junio de 1955 declaró inexequibles el artículo 269 de la Ley 167 de 1941 y los artículos 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267 y 268 de la misma Ley "en cuanto reglamentan el ejercicio ante la jurisdicción de la contencioso-administrativo de las acciones por indemnización de perjuicios por trabajos públicos, con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada por la administración pública". En dicho fallo se sentó inequívocamente la doctrina de que las acciones indemnizatorias por trabajos públicos, con motivo de la ocupación permanente de la propiedad privada por la administración, son de la competencia de la justicia ordinaria, por disponerlo

así la propia Carta, sin que la ley pueda atribuir a las autoridades de lo contencioso-administrativo el conocimiento de tales acciones.

4.—El fallo sobre inexequibilidad produce efecto ERGA OMNES y deja insubsistentes las normas declaradas como contrarias a la Constitución. En estos casos, por decisión del más alto tribunal de justicia, a quien se ha confiado la guarda de la integridad de la Carta, la ley de inferior jerarquía pierde su operancia al declararse su incompatibilidad con la ley de leyes.

5.—En el caso SUB JUDICE, el Tribunal fundó su decisión de incompetencia con base en las disposiciones del Código Contencioso-Administrativo que se han declarado violatorias de la Carta. El sentenciador consideró que las acciones incoadas se referían a indemnizaciones por ocupaciones de hecho de unos acueductos particulares y su incorporación a un acueducto municipal. Habiendo cesado por la sentencia de inexequibilidad, el conflicto jurisdiccional que anteriormente existía entre la justicia ordinaria y las autoridades de lo contencioso-administrativo, y apareciendo hoy como incontrovertible dentro de la actual organización jurídica del país, que acciones como las incoadas en el presente caso son de la competencia privativa de la justicia ordinaria, el fallo recurrido debe infirmarse por la causal séptima invocada, ya que el Tribunal declinó explícitamente la jurisdicción en el pleito y se abstuvo de fallarlo en el fondo, en la creencia errada de que las acciones intentadas correspondían a los tribunales administrativos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, cuatro (4) de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955).

(Magistrado Ponente: doctor Manuel Barrera Parra)

Resuelve la Corte sobre la casación interpuesta por la parte actora en el juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios seguido por Pedro Felipe Lara y Roberto Moreno contra el Municipio de Cúcuta y fallado en sentencia de segunda instancia pronunciada por el Tribunal Superior de Cúcuta, objeto del recurso extraordinario.

I—Antecedentes:

1.—Pedro Felipe Lara y Roberto Moreno, por medio de apoderado, demandaron por la vía ordinaria al Municipio de Cúcuta en libelo presentado el 16 de julio de 1951, para que se condenara a la entidad demandada al pago de las siguientes indemnizaciones: a). la que fijen los peritos por la ocupación de hecho de las redes de tubería y demás elementos propios de los acueductos de los demandantes, y accesorios de todo orden inherentes a las mismas empresas; b) la que se fije pericialmente por el valor del daño emergente de la explotación económica del acueducto que cada uno de los demandantes tuvo en Cúcuta, desde el mes de octubre de 1944, fecha en que se cumplió la ocupación de hecho y se ordenó a sus suscriptores efectuar la cancelación del canon mensual de dicho servicio en las Empresas Municipales, hasta que se verifique el pago; c) la que se fije, previa tasación pericial, por el valor del lucro cesante ocasionado a cada uno de los demandantes por la destrucción o despojo de sus acueductos de propiedad particular.

Subsidiariamente pidieron los actores se condenara al Municipio "a entregar todos los materiales y enseres de los acueductos referidos a los actores, junto con el pago de los deterioros y su uso y demás indemnizaciones que se estimen justas".

2.—Fundamentos de hecho de la demanda se expusieron los siguientes:

"1º—El Municipio de Cúcuta por un acto suyo autorizó a cualquiera persona natural o jurídica para que construyera o explotara acueductos particulares, con destino al abastecimiento de agua de los habitantes de Cúcuta.

"2º—El Concejo Municipal de Cúcuta dictó el Acuerdo número 23 de 1924, fijando las condiciones a que debían sujetarse las empresas de acueductos particulares existentes, o de aquellos que se construyeran.

"3º—El demandado se comprometió a garantizar, respetar y hacer respetar los derechos de tales personas, hasta que el demandado, Municipio de Cúcuta, hubiese construído "formalmente la empresa del acueducto público de la ciudad"

"4º—El Banco de la Mutualidad adquirió legalmente un acueducto público y transfirió su dominio y demás derechos inherentes de uso y goce a Pedro Felipe Lara, según consta en la escritura número 202, otorgada en la Notaría 2ª

de este Circuito el dos (2) de julio de mil novecientos veintiuno (1921).

"5º—El señor Luis Vargas V. vendió al mismo Pedro Felipe Lara, mi mandante, los derechos que dicho señor tenía sobre las redes de acueducto de su propiedad en esta ciudad, según la escritura citada en el punto anterior.

"6º—Mi mandante, el señor Roberto Moreno, adquirió con sujeción a las normas establecidas por el demandado, un acueducto para su exclusiva propiedad, y lo amplió por construcción de nuevas redes y tanques y demás accesorios necesarios conforme a declaración de construcción según las voces de la escritura número 23, otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito el diez (10) de enero de mil novecientos veintiocho (1928).

"7º—El demandado dictó el Acuerdo Nº 30 de 1944, cuyos artículos 9º y 10º declaran caducadas las licencias otorgadas a los propietarios de los acueductos particulares y dispuso que las tuberías y demás accesorios se incorporaran a las redes del acueducto moderno que construye el municipio de Cúcuta.

"8º—El demandado expidió el Acuerdo Nº 32 de 1944, facultando (artículo 5º) al señor Personero Municipal para elaborar las providencias administrativas de caducidad de que trata el artículo 9º del Acuerdo número 30 de 1944 sobre los acueductos de propiedad particular existentes en el Municipio.

"9º—El demandado efectuó la ocupación de hecho sin indemnización previa de los acueductos de propiedad de los actores, mis mandantes, lo cual les acarreó la ruina de su negocio y considerables perjuicios materiales y morales.

"10—El hecho anterior fue consumado por el demandado estando pendiente la condición resolutoria por cuanto en dicha época y todavía no está formalmente terminado el acueducto moderno de la ciudad, y cuando se encontraban los actores, en pleno ejercicio de explotación y aprovechamiento de sus empresas.

"11º—El demandado procedió a ejecutar la ocupación de hecho de los mencionados acueductos por motivos enteramente ajenos a la realidad contractual.

"12—Todos los rendimientos de los referidos acueductos entraron al fisco municipal, o como rentas del demandado, desde el momento mismo en que fue consumada la ocupación de hecho, arbitraria y por demás abusiva, lo cual trajo para el demandado un enriquecimiento sin causa, a costa del despojo de los actores.

"13—Para obtener el enriquecimiento sin causa y efectuar el despojo de que tratan los hechos anteriores, el demandado se abstuvo de considerar la solicitud de mis mandantes, Pedro Felipe Lara y Roberto Moreno, de permiso para extraer las redes de tubería de sus acueductos particulares de que eran propietarios.

"14—Que el demandado nombró una comisión de su seno para que verificara un estudio detenido sobre una petición igual a la formulada por los actores y aprobó el informe favorable respecto a la tubería del acueducto de don Luis Alberto Marciales y concedió el permiso para extraer la tubería de su acueducto, como consta en las Actas números 44 y 51 de las sesiones del Concejo en 1944.

"15—El Concejo autorizó al Personero Municipal para que transara y pagara a propietarios de acueductos particulares, explotados en la misma forma que los de mis mandantes, y al señor Arturo Arocha le fueron reconocidas y pagadas las indemnizaciones por el mismo acto que motiva la presente acción.

"16—La justicia contencioso-administrativa declaró que el demandado estaba obligado a indemnizar los perjuicios que hayan sufrido los actores por el incumplimiento de las obligaciones contraídas expresamente por el Municipio de Cúcuta.

"17—La misma justicia contencioso-administrativa declaró que la acción de indemnización era del resorte de la justicia ordinaria porque "se tiene, en el caso concreto, que el Municipio ha obrado como persona privada, es decir, su acto es de simple gestión y por éllo cae bajo la inmediata jurisdicción ordinaria, a la cual correspondería resolver la contraversia, pronunciarse sobre el fondo de la contención y ordenar las reparaciones, imponiendo las sanciones de orden civil pertinentes del caso" y

"18—El demandado voluntaria y arbitrariamente se puso en mora de cumplir sus obligaciones usurpando los acueductos de los actores, sin indemnización previa, lo cual lo hace responsable ante la ley".

3.—En la demanda se hace una exposición de carácter jurídico sobre la acción incoada. Y en la parte pertinente se dice:

"Como los perjuicios de que trata esta demanda fueron causados por la ocupación de hecho de los acueductos, sin que mediara previa indemnización, la responsabilidad viene a ser extracontractual, y que es la misma que los clásicos llaman "acción aquiliana" y que cabe en

muchos casos". (Cuad. 1º, f. 48).

Como fundamento de derecho invoca los artículos 20, 30, 33 y 34 de la Carta, 2341 y 2347 del Código Civil y concordantes, "muy particularmente en el Título 34 del Libro 4º del C. C.". (Cuad. 1º, fl. 48v.).

4.—Admitida la demanda y ordenado su traslado, el apoderado del Municipio de Cúcuta la contestó, oponiéndose a las pretensiones de los actores.

Propuso el apoderado de la entidad demandada la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción por estimar que el conocimiento del asunto correspondía a la jurisdicción contencioso-administrativa conforme a las normas de la Ley 167 de 1941. Tramitado el incidente sobre la dilatoria, el juez a quo lo falló en forma desfavorable al excepcionante en proveído que confirmó el Tribunal.

También propuso el mandatario judicial del Municipio las excepciones perentorias de carencia de acción y prescripción extintiva, fundando la primera en la circunstancia de que "las tuberías de los acueductos particulares establecidos sobre terrenos de propiedad de la Unión, o mejor dicho, la Nación, revierten a ésta, conforme al artículo 682 del Código Civil", y la segunda en los términos del artículo 263 de la citada Ley 167 de 1941.

5.—Trabada sobre estos extremos la litis, esta fue desatada por sentencia del Juzgado 1º del Circuito de Cúcuta, que condena al Municipio de Cúcuta a pagar a los actores respectivamente las cantidades de $ 55.966.98 y $ 31.487.60 por el valor de las indemnizaciones impetradas.

El Juzgado falló la controversia en el concepto de que las indemnizaciones demandadas eran de origen contractual.

6.—Inconformes ambas partes apelaron del fallo ante el Tribunal Superior de Pamplona, quien en sentencia del 28 de enero del presente año revocó la decisión recurrida y en su lugar resolvió así:

"DECLARA la existencia de la excepción perentoria formal de **incompetencia de jurisdicción**, y, por consiguiente, **absuelve al Municipio de Cúcuta** de los cargos formulados en la demanda".

De este fallo pidió aclaración el apoderado de los actores. El Tribunal en proveído del 5 de marzo siguiente, la resolvió así:

"ACLARASE la sentencia de fecha veintiocho de enero último, proferida por el Tribunal en el presente juicio ordinario promovido por los señores Pedro Felipe Lara y Roberto Moreno contra el Municipio de Cúcuta, en el sentido de que dada la declaratoria de la excepción perentoria formal de incompetencia de jurisdicción, en concepto de falta de uno de los presupuestos procesales, la absolución del demandado se refiere sólo al seguimiento del juicio tal como fue incoado y significa que no hay lugar a hacer las declaraciones contenidas en la demanda ni resolver a fondo sobre los cargos formulados en ella contra la parte querellada".

7.—Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación la parte actora. Rituado conforme a la ley, el negocio se halla en estado de recibir la correspondiente decisión de la Corte.

II—Sentencia recurrida.

El Tribunal en el fallo recurrido declara que existe incompetencia de jurisdicción de parte de la justicia ordinaria respecto de las acciones incoadas en la demanda, porque su conocimiento está atribuído por la Ley 167 de 1941 a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Los fundamentos de la decisión del Tribunal pueden resumirse así:

1.—De los términos en que se hallan concebidas las súplicas de la demanda y expuestos sus fundamentos de hecho y de derecho, "clara y evidentemente se deduce que se trata de una indemnización de los perjuicios sufridos por los señores Pedro Felipe Lara y Roberto Moreno por la ocupación de los acueductos particulares de su propiedad que explotaban en la ciudad de Cúcuta, a causa de la construcción del acueducto moderno municipal y de la incorporación a éste de todos sus elementos en virtud de un Acuerdo expedido por el Ayuntamiento".

2.—La competencia del juez es uno de los llamados presupuestos procesales. "El juzgador, antes de decidir sobre el fondo de un litigio, debe examinar oficiosamente si se dan las condiciones esenciales de la relación procesal que determinan la viabilidad misma de la acción ejercitada, que son anteriores a ella y que suelen designarse con el nombre de presupuestos procesales".

3.—"Si, pues, la competencia del juzgador es uno de los presupuestos procesales interesa y es ineludible estudiar esa cuestión fundamental y previa en el caso de autos.

"En el sistema procesal colombiano, en su organización jurisdiccional, no rige el principio de la unidad de jurisdicción para el conocimien-

to de toda clase de controversias sino que, por el contrario, existen múltiples jurisdicciones como la judicial u ordinaria, la contencioso-administrativa, la del trabajo, etc.

"Más aún: no se ha definido o delimitado el ámbito o campo de acción de todas ellas.

"Así, las controversias y conflictos que se suscitan con ocasión y por causa de los contratos administrativos celebrados por las personas jurídicas y entidades de derecho público, la Nación, los Departamentos y Municipios, son de la competencia de la justicia ordinaria.

"Por el contrario, como se verá luego, ciertas cuestiones sobre responsabilidad civil extracontractual de las mismas entidades, han sido substraídas del conocimiento de la jurisdicción ordinaria para atribuírselas privativamente al de la jurisdicción contencioso-administrativa".

De acuerdo con los artículos 34 —num. 2º—, 54 num. 7º, 261, 262, 263 y 269 de la Ley 167 de 1941, corresponde privativamente a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las acciones indemnizatorias contra el Estado, los Departamentos y Municipios, por ocupaciones de hecho o daños en propiedad inmueble, con causa en trabajos públicos.

"Si la acción indemnizatoria tiene por causa la ocupación de hecho o el daño de una propiedad distinta de la inmueble o se refiere a daños contra las personas, el conocimiento de la controversia corresponde a la justicia ordinaria conforme a las reglas generales.

"Se ha entendido también que la ocupación de hecho o el daño de la propiedad inmueble deben producirse a causa y durante el transcurso de los trabajos públicos o serie de actos u operaciones materiales realizados por las entidades administrativas tendientes a la construcción, reparación o conservación de una obra pública o de interés social y no como consecuencia de la misma obra ya concluída, casos en el cual el conocimiento del asunto compete a la justicia ordinaria, lo mismo que cuando se trata de la ocupación de una propiedad que no es inmueble o de daños a las personas".

4.—"No obstante que el actor parte de la base del incumplimiento por el Municipio de la condición resolutoria de la licencia para la explotación de los acueductos particulares, sin embargo descarta en absoluto la tesis de la responsabilidad civil contractual toda vez que el exponer los fundamentos de derecho de la demanda dice, en síntesis y textualmente:

"Como los perjuicios de que trata esta demanda fueron causados por la ocupación de hecho de los acueductos, sin que mediara previa indemnización, la responsabilidad viene a ser extracontractual, que es la misma que los clásicos llaman "acción aquiliana" y que cabe en muchos casos".

"Y lo confirma aún más con la cita que nace de la doctrina y la jurisprudencia sobre la materia y de manera particular del Título 34 del Libro 4º del Código Civil que trata precisamente de la Responsabilidad Común por los Delitos y las Culpas.

"Ya se dijo cómo el Código de lo Contencioso-Administrativo o Ley 167 de 1941 sustrajo de la competencia de la justicia ordinaria el conocimiento de las controversias sobre indemnización de los perjuicios causados por la ocupación o daño de propiedades inmuebles con motivo de trabajos públicos destinados a la construcción, reparación o conservación de un servicio público u obra de interés social.

"Es indiscutible y no requiere demostración el hecho de que el acueducto de una ciudad es un servicio público y que todas las obras que se ejecutan para su construcción, reparación y conservación son trabajos públicos.

"Aunque los elementos de un acueducto separadamente y por su naturaleza sean bienes muebles, en su conjunto y por el fin a que destinan, se reputan inmuebles según el artículo 658 del Código Civil.

"Se dan, pues, en el presente caso todas las condiciones que la ley 167 de 1941 exige para que el conocimiento de un asunto, como éste de que aquí se trata, corresponda a la jurisdicción contencioso-administrativa y no a la judicatura ordinaria y que la Corte Suprema de Justicia ha señalado en la interpretación autorizada, lógica, acertada y jurídica de ese Estatuto.

"En consecuencia, el Juez Civil del Circuito no era competente para conocer en primera instancia de este litigio, y, por consiguiente, tampoco lo es este Tribunal para revisarlo en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primer grado.

"Esto implica la falta de uno de los presupuestos procesales, la competencia del juzgador, que constituye un obstáculo insalvable que impide el estudio a fondo de las cuestiones debatidas".

5.—Con anterioridad el juez a quo y el mismo Tribunal habían resuelto en forma adversa la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción oportunamente propuesta por el mu-

nicipio demandado, porque considerándose erróneamente que la demanda indemnizatoria se había promovido con base en la responsabilidad civil contractual, se atribuía el conocimiento de las acciones a la justicia ordinaria.

Pero este pronunciamiento anterior no impidió al juzgador al dictar la sentencia, examinar de nuevo y pronunciarse sobre su competencia, ya que ésta constituye uno de los presupuestos procesales que deben encontrarse reunidos antes de decidir sobre el fondo del negocio.

6.—Como observación final dice el Tribunal:

"En todos los casos en que la Corte ha decidido sobre la incompetencia de la justicia ordinaria para conocer de una acción de la índole de la que aquí se ejercita, ha concluído declarando la nulidad de lo actuado.

"En el presente caso no puede seguirse esa norma por las razones siguientes:

"Porque la incompetencia de jurisdicción fue alegada y decidida como excepción dilatoria de modo que no puede considerarse como causal de nulidad según lo estatuido en el artículo 449 del C. J.;

"Porque la competencia del juzgador es uno de los presupuestos procesales y es la sentencia la oportunidad procesal para pronunciarse sobre ellos;

"Porque la declaratoria de nulidad se haría por un simple auto de acuerdo con lo establecido en el artículo 455 del Código citado, en tanto que declarada la incompetencia de jurisdicción en el fallo definitivo como falta de uno de los presupuestos procesales se da a las partes litigantes una nueva oportunidad para discutir el asunto por medio del recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia.

"La falta del aludido presupuesto procesal constituye en verdad una excepción perentoria de carácter formal, no substantiva, porque si bien no ataca en el fondo el derecho mismo ejercitado, sí enerva y da muerte a la acción tal como fue incoada".

7.—"Como consecuencia de la declaratoria de incompetencia de jurisdicción —dice el Tribunal—, en concepto de falta de uno de los presupuestos procesales, se hace necesario revocar el fallo de la primera instancia, que es materia del recurso de alzada que ahora se resuelve, para absolver, en su lugar, a la parte demandada".

8.—Solicitada aclaración del fallo por la parte actora, el Tribunal manifiesta que al declarar "la existencia de la excepción perentoria formal de incompetencia de jurisdicción, absolvió al demandado sólo del seguimiento del juicio tal como fue promovido, sin entrar al estudio a fondo de las cuestiones debatidas y al revocar la sentencia de primera instancia, que fue condenatoria, quiso decir únicamente que dada la incompetencia de jurisdicción no le era dado al juzgador hacer las declaraciones sobre que versa la demanda ni aceptar o rechazar a fondo los cargos en ella formulados contra el demandado".

III—Demanda de casación.

El recurrente invoca las causales primera y séptima del artículo 520 del Código Judicial, y antes de proceder a la formulación y fundamentación de los cargos, plantea las siguientes cuestiones:

"Podía o nó válidamente el Tribunal declararse incompetente para conocer del negocio y al mismo tiempo absolver al demandado?. Podía o nó válidamente el Tribunal, después de haber absuelto al demandado, declarar, por el mecanismo de la aclaración de la sentencia, que tal absolución no implicaba el pronunciamiento sobre las cuestiones de fondo suscitadas por la demanda?.

"Pues bien: el contenido de la decisión del Tribunal es el declaración de incompetencia y de absolución del demandado. Es obvio que éste contenido no pudo ser alterado por la pretendida aclaración, ya que a ello se opone el principio de derecho procesal recogido por el art. 482 del Código Judicial, de que "la sentencia no es reformable ni revocable por el mismo Juez o Magistrado que la ha pronunciado". Y es igualmente obvio que en el presente caso no estamos en presencia del error aritmético previsto por el artículo 483 de la misma obra. Por consiguiente, como la sentencia absolvió al demandado de la totalidad de los cargos formulados en el libelo, se realizó plenamente la segunda instancia, y entonces aquella sentencia es susceptible de ataque en función de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial. Pero si la Corte en su sabiduría encontrare que ante el contenido contradictorio del fallo, debe prevalecer la declaración de incompetencia sobre la declaración de absolución, entonces la sentencia es susceptieble de ataque por la causal séptima del citado artículo.

"Como son, pues, dos las causales de casación invocadas en este recurso, la primera y la séptima del artículo 520, las presento, siguiendo el mandato del Código en dos capítulos separados, pero con la indispensable advertencia de

que las propongo en forma subsidiaria, vale decir, la séptima en subsidio de la primera".

De acuerdo con este anuncio, el recurrente presenta en le siguiente orden las acusaciones:

Por la causal primera, los siguientes cargos:

a)—"Violación de los artículos 16, 30 y 33 de la Constitución Nacional, 756, 762, 764, 946, 947, 950, 952, 2341, 2342, 2347 y 2358 del Código Civil, por infracción directa proveniente de su no aplicación al caso controvertido, siendo así que los supuestos de hecho exigían la actuación de tales normas";

b)—"Violación del artículo 682 del Código Civil, por aplicación indebida";

c)—"Violación de los artículos 54, numeral 7º, y 261 y siguientes del Título XXII del Código Contencioso-Administrativo, por aplicación indebida, y de los artículos 76, numeral 1º, 78 y 109, numeral 1º, 142, 143 y 144 del Código Judicial, por infracción directa por no aplicación en el caso controvertido".

Por la causal séptima, invocada subsidiariamente para el evento de que no se acepte la primera, el cargo único estriba en lo siguiente:

"La presente acción está enderezada a obtener para los demandantes la indemnización de perjuicios por la ocupación de hecho que el Municipio de Cúcuta hizo de acueductos privados de su propiedad, o sobre los cuales ellos ejercían un derecho legítimo en su explotación.

"El Tribunal, en la decisión recurrida, después de un erudito y detenido estudio, llegó a la conclusión de que por tratarse de una acción indemnizatoria por causa de trabajos públicos, las normas aplicables para su regulación están consagradas en el Título XXII del Código Contencioso-Administrativo, y que por ende la competencia estaba adscrita a la jurisdicción especial y no a la común".

Al sustentar la causal primera el recurrente expone:

"El Tribunal para absolver al demandado, consideró que la presente acción estuvo mal enderezada al ser propuesta ante la jurisdicción común debiendo haberlo sido ante la jurisdicción especial de lo contencioso-administrativo.

"La Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, al decidir la acción de inexequibilidad propuesta contra artículos del Título XXII del Código Contencioso Administrativo, en reciente sentencia de fecha 27 de julio del año en curso, ha declarado la inexequibilidad total del artículo 269, y la de los artículos 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267 y 268 de la misma obra, en cuanto reglamentan el ejercicio ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo de las acciones por indemnización de perjuicios por trabajos públicos, con motivo de la ocupación permanente de la propiedad privada por la administración pública.

"Desde algún tiempo después de la promulgación de la Ley 167 de 1941, actual Código Contencioso Administrativo, se venía controvirtiendo en el foro colombiano y en la cátedra universitaria, en torno del alcance de los preceptos contenidos en el Título XXII de dicho Código. En un primer momento, nadie fue osado a negar la competencia de la jurisdicción especial para el conocimiento de los negocios de esta índole. Pero más tarde, pasados dos o más años de la ocupación permanente del inmueble de dominio privado por la entidad de derecho público, —que es el plazo dentro del cual, según el mismo Código, puede interponerse la acción indemnizatoria ante la jurisdicción contencioso administrativa—, algunos particulares promovieron querellas reivindicatorias o indemnizatorias ante la jurisdicción común. Entonces la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, desde el año de 1951, en diversos pleitos originados por la ocupación estatal de las Lomas de Barranquilla, estudió a fondo el asunto y resolvió, con mucho acierto, que eran inaplicables los artículos de la Ley 167, por pugnar con los cánones constitucionales que consagran el respeto a la propiedad privada.

"Se suscitó entonces un conflicto jurisdiccional entre la Sala de Negocios Generales de la Corte y el Consejo de Estado, tribunal supremo de lo contencioso administrativo, porque esta otra alta entidad siguió sosteniendo su competencia y que los artículos de la Ley 167 se ajustaban a las normas constitucionales.

"El conflicto jurisdiccional ha cesado con la sentencia de inexequibilidad de la Corte Suprema, dictada en Sala Plena y en ejercicio de la preciosa atribución conferida por el artículo 214 de la superley, lo que le imprime a su fallo fuerza vinculante para todos, porque es erga omnes.

"Despejado, pues, de tal manera el problema por la entidad que tiene normativamente la augusta misión de guarda de la integridad de la Constitución, en el sentido de que la jurisdicción competente para conocer de las indemnizaciones de perjuicios por trabajos públicos en que la propiedad privada ha sido ocupada definitivamente por la administración, es la jurisdicción común, queda claramente establecido que la pre-

sente acción cae dentro de la esfera de atribuciones de la jurisdicción ordinaria, y estuvo correctamente promovida.

"Basta leer tanto los textos del libelo y de la contestación de la demanda como el acervo probatorio acumulado y las alegaciones de las partes, para concluir que estamos en presencia de un caso en que una entidad de derecho público —el Municipio de Cúcuta—, ha ocupado de manera permanente unos acueductos de propiedad privada, bienes éstos que según las voces del artículo 658 del Código Civil se reputan inmuebles.

"En tal virtud, ante lo resuelto por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, la sentencia del Tribunal de Pamplona se derrumba en sus soportes esenciales, y debe ser casada".

El recurrente, haciendo referencia expresa a esta alegación, manifiesta que a la luz de la citada sentencia de inexequibilidad proferida por la Corte, "el Tribunal de Pamplona ha incurrido en denegación de justicia, porque siendo competente para conocer del presente litigio se abstuvo de hacerlo y lo declaró así en el fallo, incurriendo por consiguiente en la causal séptima del art. 520 del Código Judicial".

Concluye el recurrente la sustentación de la causal séptima, así:

"Ha violado el Tribunal los artículos 54, numeral 7º y 261 y siguientes del Título XXII del Código Contencioso Administrativo, por aplicación indebida, y de reflejo ha violado, por infracción directa por no aplicación a la materia litigiosa, los artículos 76, numeral 1º, 78, 109, numeral 1º, 142, 143 y 144 del Código Judicial, que son las normas reguladoras del presente caso.

"En tal virtud, la sentencia del Tribunal de Pamplona debe ser casada, por lo menos en función de esta causal".

IV—Examen de los cargos.

1.—La Sala estudia primeramente el cargo formulado por la causal séptima, porque aunque ésta se invocó subsidiariamente para el evento de que no se infirmara el fallo por la causal primera, el precepto contenido en el artículo 537 del Código Judicial impone a la Corte el deber de examinar "en orden lógico las causales aducidas".

Como lo dijo esta Sala en caso semejante "esa pretensión del recurrente expresada en el sentido de señalar a la Corte la regla y el sistema que ha de adoptar en el examen del recurso, pugna con el texto del art. 537 del C. J., disposición que le impone seguir el orden lógico y cuyo imperio no está sometido a lo que en contrario, y en conformidad con su personal criterio, opine el recurrente. Como el recurso de casación está instituído en obsequio del mantenimiento de la ley sobre las decisiones jurisdiccionales, y como el posible agravio que por su intermedio procuren reparar las partes es sólo fin secundario de la institución que se alcanza indirectamente por ministerio del primordial y predominante, el principio dispositivo del procedimiento se atempera necesariamente a la índole del recurso; por ello es la ley la única norma que guía al Tribunal de casación en el método del fallo, y no la voluntad que al respecto expresan las partes contendientes". (Casación: mayo 31 de 1948, LXIV, pág. 410).

Por manera que aún en el supuesto de que el Tribunal, violando elementales normas de procedimiento, hubiera declarado la incompetencia jurisdiccional para conocer del negocio y al mismo tiempo hubiera decidido éste en el fondo, el orden lógico impondría a la Sala examinar primeramente el **error in procedendo** imputado a la sentencia con base en la causal séptima, porque ésta se refiere a un vicio de actividad por exceso o defecto de poder en el sentenciador al abstenerse de fallar en el fondo el negocio y declarar expresamente su inhibitoria por carencia de uno de los presupuestos procesales.

Pero en realidad, el Tribunal no incurrió en el despropósito que le atribuye el recurrente, porque en los fundamentos del fallo acusado y en la aclaración de éste, aparece nítidamente que no se decidió en el fondo el negocio, sino que el sentenciador se abstuvo de hacerlo porque consideró que el conocimiento de las acciones incoadas pertenecía exclusivamente a la jurisdicción contencioso-administrativa. Y aunque la fórmula de **"absolución"** para el municipio demandado, empleada en la parte resolutiva del fallo, pudo ser impropia, es indudable que ella no implica ni podría implicar una decisión en el fondo sobre las acciones incoadas.

2.—Esta Sala ha expresado en doctrina que ahora se reitera:

"El motivo 7º de casación halla cabida, bien cuando el juzgador, teniendo cabal concepto de la acción intentada, se inhibe, sin embargo, de conocer del negocio sub judice, en la creencia falsa de corresponderle legalmente a otro funcionario de la misma o extraña jurisdicción; o cuando por erróneo entendimiento de la acción, declara de modo expreso su propia inhibitoria, con-

tra las normas positivas de la competencia. Lo esencial para la procedencia del motivo 7º aludido, es que el Tribunal decline explícitamente y sin base legal la jurisdicción en el pleito de que se trata, como allí se dice con toda claridad". (Casación, marzo 4 de 1954, LXXVII, 65).

3.—La Sala encuentra fundada la causal 7ª deducida, porque después del fallo pronunciado el 20 de junio de 1955 por la Sala Plena de la Corte sobre inexequibilidad de algunas disposiciones del Código Contencioso Administrativo, es indubitable que el conocimiento de las acciones incoadas por los señores Lara y Moreno, por mandato de la misma Constitución es de la exclusiva competencia de la justicia ordinaria.

La Corte en dicho fallo declaró inexequibles el artículo 269 de la Ley 167 de 1941, y los artículos 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267 y 268 de la misma Ley "en cuanto reglamentan el ejercicio ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo de las acciones por indemnización de perjuicios por trabajos públicos, con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada por la administración pública".

En dicho fallo se sentó inequívocamente la doctrina de que las acciones indemnizatorias por trabajos públicos, con motivo de la ocupación permanente de la propiedad privada por la administración, son de la competencia de la justicia ordinaria, por disponerlo así la propia Carta, sin que la ley pueda atribuir a las autoridades de lo Contencioso-Administrativo el conocimiento de tales acciones.

El fallo sobre inexequibilidad produce efectos **erga omnes** y deja insubsistentemente las normas declaradas como contrarias a la Constitución. En estos casos, por decisión del más alto tribunal de justicia, a quien se ha confiado la guarda de la integridad de la Carta, la ley de inferior jerarquía pierde su operancia al declararse su incompatibilidad con la ley de leyes.

En el caso de autos, el Tribunal fundó su decisión de incompetencia con base en las disposiciones del Código Contencioso Administrativo que se han declarado violatorias de la Carta. El sentenciador consideró que las acciones incoadas se referían a indemnizaciones por la ocupación de hecho de unos acueductos particulares y la incorporación de los mismos al acueducto municipal de Cúcuta.

Habiendo cesado por la sentencia de inexequibilidad de la Corte, el conflicto jurisdiccional que anteriormente existía entre la justicia ordinaria y las autoridades de lo Contencioso-Administrativo, y apareciendo hoy como incontrovertible dentro de la actual organización jurídica del país, que acciones como las incoadas en el presente caso son de la competencia privativa de la justicia ordinaria, el fallo recurrido debe infirmarse por la causal séptima invocada, ya que el Tribunal declinó explícitamente la jurisdicción en el pleito y se abstuvo de fallarlo en el fondo en la creencia errada de que las acciones intentadas correspondían a los tribunales administrativos.

Es de advertir que el error del Tribunal se explica, porque cuando dictó el fallo acusado, la Sala Plena de la Corte no había decidido aún la inexequibilidad de las disposiciones de la Ley 167 de 1941 (Código Contencioso Administrativo), en las cuales fundó el sentenciador su declinatoria de jurisdicción. Y antes del 20 de junio de 1955, la incompatibilidad de dichas normas con la Constitución era objeto de encontradas opiniones en la jurisprudencia nacional.

De acuerdo con el artículo 540 del Código Judicial, los autos deben devolverse al Tribunal de origen para que se decida en el fondo el negocio mediante la correspondiente sentencia.

V—Resolución:

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Pamplona y ordena que se envíen los autos a dicho Tribunal para que se dicte nuevo fallo que decida en el fondo sobre las acciones incoadas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, e insértese en la **Gaceta Judicial.**

Manuel Barrera Parra. — José Hernández Arbeláez.—José J. Gómez R.—Julio Pardo Dávila.—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ACCION PETITORIA DE DOMINIO

Para que pueda prosperar una acción de la naturaleza de la incoada (de dominio), es indispensable que el actor demuestre con plenitud que en su cabeza está radicado el dominio del bien inmueble sobre el cual se realiza la petición de declaración de propiedad exclusiva. El comprador de un inmueble cuyo vendedor no tiene su dominio, por el hecho del registro no lo adquiere, y ese título no podría enfrentársele a un tercero que lo desconoce y demuestra la carencia del dominio en el tradente, aunque ese tercero no sea el dueño.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre cinco de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse)

Se decide el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario de Ricardo Sánchez contra el Municipio de Medellín.

Antecedentes

En escrito fechado el quince (15) de diciembre de mil novecientos cincuenta y uno (1951), el señor Ricardo Sánchez V., demandó al referido Municipio para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primero.—Que es dueño y señor del siguiente lote de terreno, situado en esta ciudad, en el barrio América, con cabida de novecientas varas cuadradas, que linda: "Por el frente, con la calle 42; por el Centro, con terrenos de la vendedora Emilia Arroyave viuda de Correa; por el Oriente, con predio de Horacio López de Mesa (o que fue de éste), y por el Occidente, con terrenos vendidos por la misma Emilia Arroyave viuda de Correa al Municipio de Medellín".

"Segundo—Que como poseedor inscrito de dicho terreno Sánchez V. tiene mejor derecho que el Municipio de Medellín para ejercer en él los actos de dominio que le conceden las leyes mientras no haya expropiación con la debida indemnización, si es que el Distrito la necesita para vía pública.

"Tercero.—Que como consecuencia de lo anterior el Municipio de Medellín carece de derecho para conceder permisos para edificar en los predios colindantes habitaciones con frente al terreno alinderado en la súplica primera, como si se tratara de cosa que Sánchez hubiera cedido no habiéndolo hecho".

Como hechos se anotan estos:

"1º—Mediante escritura pública número 3496 de 29 de abril de 1950 pasada ante la Notaría Cuarta del Circuito de Medellín, dice el actor, adquirí por permuta que celebré con doña Emilia Arroyave viuda de Correa, dominio del lote de terreno demarcado en la petición primera.

"2º—Inmediatamente después de la adquisición del inmueble solicité a la correspondiente oficina municipal los perfiles y permiso para construir; éstos se me negaron dizque "porque el Municipio necesitaba esa faja para la vía pública".

"3º—En vista de la negativa, estuve solicitando ante la entidad el pago o la permuta de mi predio; pero tras de dilatadas e intermitentes conversaciones recibí el oficio número 131, fechado el 10 del presente mes, suscrito por el Personero Municipal, en el cual se me transcribe un informe de la Sección de Bienes y Archivo del Distrito en el cual se manifiesta que el predio a que me refiero es el mismo que corresponde a la vía pública "y en la nomenclatura actual figura calle 75 (sic); que de ese lote de terreno, o sea la calle 75 (sic) tiene el Municipio de Medellín un derecho legal de conformidad con el título que posee debidamente registrado".

"Quiere significar con esto la Personería que la entidad distrital me disputa el dominio del inmueble.

"4º — Pocos días después de haber adquirido dominio en el terreno lo hice cercar con alambre de púas, y he venido pagando al distrito puntualmente los impuestos predial y de parques y arborización:... parte de las alambradas han sido destruídas por los habitantes de dos casas construídas en un predio colindante, por personas a quienes el Distrito les concedió permiso para contruir sus edificios con frente a mi predio".

El Municipio por conducto de su Personero contestó la demanda oponiéndose a que se hicieran las declaraciones impetradas por el actor y afirmando que el lote objeto del litigio es de propiedad del municipio de Medellín adquirido "según escrituras públicas números 5109 de 16 de octubre de 1946 de la Notaría Primera y 9516 de 8 de noviembre de 1950 de la Notaría 4ª" y además por tratarse de una calle pública.

Tanto el Municipio como Sánchez V. le denunciaron el juicio a la señora Rosa Emilia Arroyave v. de Correa, de quien dicen derivar derechos sobre el inmueble. Esta señora se refirió al denuncio que le hizo el Municipio "coadyuvando la acción del señor Sánchez, a quien vendí un terreno de mi legítima pertenencia, como lo dejo demostrado", dice doña Emilia; y rechazando la denuncia que del pleito le hizo el Municipio.

Los falladores de instancia absolvieron al Municipio de Medellín, y la denunciada en el juicio interpuso la casación respectiva contra la sentencia del Tribunal.

Es indispensable para precisar los términos en que se agitó el debate en instancia, transcribir las partes pertinentes del fallo de segundo grado:

"Es de observarse que la parte demandante haciendo uso del derecho que le confiere el artículo 235 del C. J., denunció el pleito que propuso a la señora Emilia Arroyave v. de Correa y ésta en escrito especial que contiene su respuesta al libelo decidió entrar en el debate para cuyo efecto expuso: Que a la señora Elvira Correa le correspondió en la causa mortuoria del señor Rafael Correa un lote de terreno de forma triangular que fue inventariado bajo el número 15 y está ubicado en el paraje de 'El Zepelín' en el corregimiento de la 'América' por linderos conocidos; que este inmueble fue enajenado por la señora Elvira Correa al señor Jorge Echeverri, según el título inscrito número 160 de febrero 1º de 1938 de la Notaría 4ª, quien asimismo lo transfirió a la señorita Fabiola Correa según escritura número 194 de 7 de febrero del mismo año.

"Esta adquiriente hizo varias enajenaciones parciales sobre el inmueble que antes había sido adjudicado a doña Elvira Correa como fueron: las hechas a los señores Carlos Correa, Luisa y Lucía Escobar; Horacio López de Mesa y por último al señor Gabriel Quiroz.

"El resto del inmueble o sea del perteneciente al número 15 de los inventarios —así desmembrado— mediante la escritura pública número 4364 de julio 26 de 1945 pasó al dominio de la señora Emilia Arroyave v. de Correa (actual denunciada).

"En esta situación la señora Emilia Arroyave v. de C. por medio de la escritura número 5109 de octubre 15 de 1946 de la Notaría 1ª obrando en su propio nombre y como representante de su esposo, transfirió en pacto permuta al Municipio de Medellín y en una cabida de 558 varas —comprendiendo en ellas trescientas varas del señor Carlos Correa— parte del inmueble que primitivamente se inventarió con el número 15 del bien que allí se detalla.

"El título anterior fue reformado por el número 278 de enero 20 de 1949 de la Notaría Primera y en él se dejó esta constancia:

"Que para evitar confusiones que puedan originar litigios, en relación con la permuta de que dá cuenta la escritura número 5109 de 15 de octubre de 1946, de la Notaría 1ª de este Circuito, han convenido en aclarar los linderos de los lotes a que se refieren las cláusulas primera y segunda de aquella escritura así: Primera—La contratista transmite al Municipio a título de permuta un lote de terreno de forma triangular situado en el paraje 'El Zepelín', barrio de la 'América', en la carrera 75 con calle 42 con un área total o cabida de quinientas cincuenta y ocho varas cuadradas (558) y un centímetro de vara cuadrada comprendido por los siguientes linderos. Por el Norte con la calle 42; por el Oriente con propiedad de Emilia Arroyave v. de Correa; por el Sur y Occidente o sea en la hipotenusa del triángulo, con terrenos que fueron de Francisco E. Restrepo y del Municipio de Medellín y con el barrio de 'Los Chalets'.

"Por último se refiere la señora Arroyave a la permuta que ella hizo, según texto que contiene la escritura número 3946 de abril 29 de 1950 de la Notaría 4ª, con el señor Ricardo Sánchez, con lo cual agrega que después de esta desmembración quedaron otros dos lotes determinados por sus linderos.

"Dice ella que el Municipio de Medellín posee la creencia de que por la permuta y por cuyo título adquirió (la número 5109) éste, y por la modificación verificada en la escritura número 278 de 20 de enero de 1949, en este terreno está comprendido el predio que adquirió el señor Sánchez, lo cual no es así, puesto que esta entidad sólo recibió 581-01 varas y el predio de Ricardo Sánchez tiene una cabida de novecientas varas.

"En consecuencia de la petición del libelo y para los efectos de que se le declare dueño (a Sánchez V.), ha presentado la escritura anotada

(fls. 1º) y en ella se constata que efectivamente, la señora Emilia Arroyave v. de Correa a título de permuta hizo transferencia al señor Ricardo Sánchez de un inmueble ubicado en esta ciudad, Barrio de la América, con una cabida de novecientas varas y por los siguientes linderos: 'Por el frente con la calle 42; por el Centro con terrenos de la vendedora; por el Oriente con predio de Horacio López de Mesa y por el Occidente con terrenos vendidos por la misma al Municipio de Medellín'. El registro de la presente escritura se verificó en mayo 23 del mismo año de 1950 y de tal suerte que para los efectos legales efectivamente el poseedor inscrito al tenor del artículo 756 del C. C. lo es el señor Ricardo Sánchez.

"En la escritura anotada se expresó, que la señora Arroyave hubo de adquirir lo que enajenaba al señor Sánchez, en mayor extensión, por compra a Fabiola Arroyave Correa según el título número 4364 de 26 de julio de 1945 de la Notaría Cuarta del Circuito.

"Expresa la señora Arroyave que esta transferencia procede de un encadenamiento de títulos que cita, hasta llegar a la hijuela procedente de la sucesión del señor Rafael Correa, en la cual se asignó a la señora Elvira Correa el inmueble marcado con el número 15 de los inventarios por sus linderos respectivos.

"Por su parte el Municipio de Medellín en su respuesta al libelo expone que la propiedad sobre el inmueble la fundamenta en las escrituras números 5109 de 16 de octubre de 1946 de la Notaría 1ª y 9516 de 8 de noviembre de 1950 de la Notaría Cuarta.

"Así las cosas, es preciso considerar que las partes entran al debate mediante la interposición de títulos, con lo cual el estudio que aquí se hace se relaciona con las observaciones que es preciso hacer en cuanto se refiere primero, a la identificación del inmueble o inmuebles que comprenden los títulos de los litigantes y en segundo lugar, teniendo presente la prelación que deba poseer uno de ellos para de allí sacar en conclusión si efectivamente la acción ha de prosperar.

"La escritura número 5109 de 15 de octubre del año de 1946, que más tarde fue aclarada por la número 278 de enero 20 de 1949 de la Notaría 1ª es de este tenor: 'El Municipio de Medellín hizo permuta con la señora Emilia Arroyave y de tal pacto resultó éste adquiriendo un lote triangular ubicado en el paraje de 'El Zepelín', Barrio de la América, por estos linderos: 'Por el Norte con la calle segunda del Barrio de La Primavera (calle 42); por el Sur con terrenos que fueron de Francisco E. Restrepo, hoy del Municipio y el Barrio Los Chalets; y por el Occidente con propiedad de Francisco E. Restrepo'.

"La modificación o aclaración de que se habla en la escritura arriba aludida corresponde a los linderos cuya fijación definitiva quedó así (fls. 22): 'Un lote de terreno de forma triangular situado en el paraje 'El Zepelín' de la América en la carrera 75, con calle 42, con un área total de quinientas cincuenta y ocho varas cuadradas (558) y un centímetro de vara cuadrada, comprendido por los siguientes linderos: ...Por el Norte con la calle 42; por el Oriente, con propiedad de Emilia Arroyave v. de Correa, por el Sur y el Occidente o sea en la hipotenusa del triángulo, con terrenos que fueron de Francisco E. Restrepo y del Municipio de Medellín y con el Barrio de los Chalets.

"Pero como el título que más fuerza demostrativa en favor del Municipio de Medellín ha tenido en este proceso y constituyó la base principal de la sentencia del **a quo**, corresponde a la escritura número 9516 de 8 de noviembre de 1950, importa entonces, hacer un análisis de él en su parte principal para los efectos subsiguientes:

"En efecto, reza esta escritura que el señor Horacio López de Mesa, ante la presencia del Personero del Municipio doctor Jesús María Restrepo, hizo estas declaraciones en favor de dicha entidad: **'Primero.**—Que según consta en la escritura pública número 3509 de fecha 26 de junio de 1944 otorgada en la Notaría Cuarta de este Circuito el exponente adquirió por compra a Fabiola Correa A. un lote de terreno situado en el paraje 'El Zepelín' del Barrio de La América de esta ciudad, demarcado por los siguientes linderos: Por el Norte con la calle 2ª del Barrio de La Primavera; por el Sur, con terrenos de Francisco E. Restrepo y el Barrio de los Chalets, hoy calle pública; por el Oriente con propiedad de José Domingo Garcés; y por el Occidente, con propiedad del mismo Francisco E. Restrepo, hoy calle pública. **Segundo.**—Que cuando adquirió el lote de terreno a que se refiere la cláusula anterior, entendió que estaba destinada para la calle, la faja de terreno del mismo que se hacía necesaria para la prolongación de la carrera setenta y cinco (75), entre las calles 41 y 42, carrera que en ese entonces estaba construída y en servicio, hasta el crucero con la calle 42, calle que es la misma que en los linderos del lote menciona como segunda del Barrio, por la nomenclatura anterior. **Tercero.**—Que siendo como era propietario de todo el globo de terreno en el cual se com-

prendía la faja para la carretera setenta y cinco conforme se ha dicho en la cláusula anterior y porque entendía claramente que desde que a él se le hizo la venta del lote estaba tal faja destinada a la calle, por lo que en la escritura de adquisición, dijo la vendedora Fabiola Correa, hizo venta de dos lotes de terreno, parte de su predio deslindándolos por el Occidente con la carrera setenta y cinco (75). Tales ventas fueron: Una a Ramón Restrepo R., por escritura tres mil ochocientos noventa y cuatro (3.894) de 22 de septiembre de 1944, de la Notaría 1ª de este Circuito de un lote alinderado así: 'Por el Sur, con la calle Los Chalets, en una extensión aproximada de diez (10) varas; por el Occidente con la calle 75, en treinta y nueve (39) varas; por el Norte con terrenos del vendedor Horacio López de Mesa, en una extensión de diez varas (10) aproximadamente y por el Oriente en treinta y nueve varas (39), con terrenos de Federico Paucar'; y otro lote que se alinderó así: 'y se vendió al mismo Ramón Restrepo R. Por el Sur con terrenos de Ramón Restrepo R., Federico y Luis Paucar; por el Occidente (sic) con terrenos de José Domingo Garcés; por el Norte con la calle segunda del Barrio de La Primavera y por el oriente (sic) con la calle 75. Esta última venta se hizo por escritura número 562 de 3 de febrero de 1945 de la Notaría 1ª de esta ciudad.—**Cuarto.** Que por lo que se ha dicho en las cláusulas anteriores la faja de terreno que comprende la prolongación de la carrera 75, entre dichas calles 41 y 42 ha sido destinada para el uso público y el servicio de una vía, tanto por quien la precedió (sic) en el dominio del lote de terreno que se menciona en la cláusula primera (1ª) Fabiola Correa A. como por el mismo exponente en las ventas de lotes que se dice en el numeral 3º y en consecuencia y para los efectos de que el Municipio de Medellín tenga un título sobre este bien que es ya del servicio público hace estas declaraciones que sólo vienen a confirmar o legalizar lo que ya estaba establecido por la destinación que del mentado lote se hizo para el uso público por quienes antes eran sus propietarios'.

"De acuerdo con las certificaciones expedidas por el señor Registrador de Instrumentos Públicos de este Circuito, puede concluírse que los títulos de las partes proceden de uno mismo, común, el cual viene a ser la cartilla o hijuela procedente de la sucesión del señor Rafael Correa, cuando a la señora Elvira de igual apellido le correspondió el inmueble número 15 que allí se describe.

"Y armonizando estas adquisiciones que se hicieron y para los efectos de conocer claramente qué terrenos comprenden los títulos sobre los cuales apoya el actor su demanda y el opositor su derecho de defensa, se hace menester comentar tanto la inspección ocular practicada con el objeto de verificar las respectivas identificaciones, como el dictamen pericial que con ocasión de ella se produjo:

"De las observaciones dejadas por el señor Juez en la diligencia ocular que se practicó en julio once del año próximo pasado, se dijo que el lote que se delimita en el hecho primero de la demanda, es el mismo que se contempla en la escritura número 3946 de 29 de abril de 1950 (adquisición del señor Sánchez), que la faja que se controvierte es una vía pública; que el lote de terreno que se reivindica (sic) está comprendido en el inmueble comprado por el señor López de Mesa.

"Igualmente fue identificado el lote de terreno a que se refiere el título o hijuela que contiene la asignación a la señora Elvira Correa y se halló que éste también se contiene en la escritura número 3509 de junio 26 de 1944 perteneciente al Municipio de Medellín.

"Por su parte, los peritos en su dictamen ratificaron la identificación que hizo el Juzgado así:

"Dijeron en cuanto al lote contenido en el hecho primero de la demanda: 'Este lote de tierra lo identificamos en la diligencia practicada en asocio del Juzgado, las partes estuvieron de acuerdo sobre el lote mencionado y en consecuencia afirmamos que el dicho terreno que se dejó alinderado y que se describe en el numeral 1º de la demanda, es el mismo de que trata la escritura pública número 3946 de 26 de abril de 1950, de la Notaría Cuarta de este Circuito, mediante la cual doña Emilia Arroyave de C. transmitió a Ricardo Sánchez el dominio de tal inmueble y el fechado el dos de enero de 1952 y el mismo al cual se refiere este litigio'.

"Los peritos identificaron también el terreno de forma triangular situado en el paraje de 'El Zepelín' y expusieron que él posee los mismos linderos que trae la hijuela en el literal b) y a favor de Elvira Correa y que al transmitir Fabiola Correa a la señora Emilia Arroyave según la escritura número 4364 de julio 26 de 1945 en la Notaría Cuarta, quedaron excluídos varios lotes entre los que se halla el adquirido por el señor Horacio López de Mesa, de tal manera concluyen los peritos: 'que ello quiere decir que la señorita Fabiola Correa no transmitió a doña

Emilia la totalidad del inmueble que hubo de adquirir del señor Jorge Echeverri'.

"Los expertos hacen también la observación de que les fue imposible identificar el predio que la señora Emilia Arroyave enajenó al Municipio de Medellín.

"Igualmente hicieron esta identificación: 'el terreno que Ricardo Sánchez adquirió por permuta celebrada con doña Emilia Arroyave v. de Correa según escritura pública Nº 3946 de 26 de abril de 1950, otorgada en la Notaría Cuarta de Medellín, hace parte del terreno inventariado en el juicio sucesorio de Rafael Correa A. bajo el número 15 y que le fue adjudicado a Elvira Correa según hijuela número 1 y hace parte del terreno que Fabiola Correa vendió a Horacio López de Mesa según escritura número 3509 de 26 de junio de 1944 de la Notaría Cuarta de Medellín.

"Según las relaciones que se acaban de hacer es evidente que de acuerdo con las observaciones expuestas tanto por el Juzgado y por los peritos es terminante que procediendo los títulos 3946 de abril 26 de 1950, según el cual adquirió el señor Sánchez de la señora Arroyave v. de Correa y el del señor Horacio López de Mesa por la escritura número 3509, mediante la cual éste adquirió de Fabiola Correa el inmueble anotado, que esta adquisición se operó en época anterior a la del señor Sánchez, como efectivamente ocurrió y no habiendo transferido dicha señorita a la señora Emilia Arroyave sino la parte deducida de las enajenaciones que hizo a otros y especialmente al señor Horacio López de Mesa, por esta causa, Sánchez no pudo adquirir el dominio del inmueble que ahora discute, precisamente porque habiéndose operado la tradición del dominio en favor del mismo López de Mesa al Municipio de Medellín por medio de la escritura número 9516 de noviembre ocho de 1950 y versando la transferencia hecha a Sánchez sobre un bien ajeno ya que la señora Emilia Arroyave no adquirió el inmueble del litigio mediante la escritura número 4364 de julio 26 de 1945 de la Notaría Cuarta que le hizo la señorita Fabiola Correa sino otro diferente.

"Y como el Municipio deduce su derecho del título otorgado a su favor por el señor López de Mesa es evidente que carece de derecho el señor Sánchez en cuanto al dominio que él alega, de tal manera que por este motivo la carencia de acción es notoria en estas actuaciones.

"Así las cosas resulta que la escritura que ampara los derechos del señor Sánchez como poseedor inscrito del inmueble es inoponible al título que posee el Municipio de Medellín (artículo 1871 del C. C.), ya que aquél sólo pudo adquirir de la señora Arroyave lo que ésta pudo transmitirle en el expresado inmueble; y como se comprueba que Horacio López de Mesa era el verdadero poseedor inscrito de él y siendo el Municipio su causahabiente, el derecho de éste guarda primacía a virtud de la tradición que a él se le hizo por el verdadero dueño (artículo 756 del C. C.).

"Y de este modo es preciso considerar que las transcripciones que se hicieron procedentes de la sentencia que se revisa, están ajustadas a la verdad procesal, de tal manera que lo resuelto en el fallo que ha sido materia de la apelación, es desde todo punto de vista legal y a ello debe atenerse la Sala.

"Ahora bien, que las declaraciones que hace el señor Horacio López de Mesa en la escritura que ha servido de apoyo al Municipio de Medellín no importan transferencia alguna de dominio en bien de la misma entidad, ello no es cierto, porque el exponente manifiesta su intención de que era para efectos de que el Municipio de Medellín tuviera un título sobre este bien que es ya servicio público, hace estas declaraciones que sólo vienen a confirmar o legalizar lo que ya estaba establecido por la destinación que del mentado lote se hizo para el uso público por quienes antes eran sus propietarios.

"Así las cosas, bien se trate de asunto de autos como significado que el inmueble ha sido destinado para calles o vías públicas o bien como propiedad del mismo Municipio de Medellín, en ambos casos fracasa la acción petitoria de dominio, pues si el señor Horacio López de Mesa, teniendo presente esa destinación él mismo se desprendió con tal fin, ese bien está amparado por el artículo 674 del C. C. para los efectos legales, de tal suerte que tampoco puede ser objeto de litigio en relación con su dominio toda vez que el señor Sánchez nunca lo adquirió por los motivos que antes se expresaron, y si aquél destinó a vía pública, tal destinación debe respetarse".

La demanda de casación

Contra ella se formulan tres cargos comprendidos en el numeral 1º del artículo 520 del C. J.

Primer cargo. — Lo formula el recurrente así: La sentencia del Tribunal Superior de Medellín es violatoria de la ley sustantiva. Esta violación de la ley sustantiva se produjo como consecuencia del error de hecho en que incurrió el Tribunal Superior en la apreciación de la escritura

pública número 9513 de 8 de noviembre de 1950 de la Notaría 4ª de Medellín. Esta infracción de la ley sustantiva es directa.

Para fundamentar este ataque el recurrente manifiesta que "la citada escritura contiene simples conceptos, declaraciones e interpretaciones del señor Horacio López de Mesa, sobre el lote de terreno objeto del litigio. En ella el señor López de Mesa no manifiesta su intención de transferir el dominio de tal lote al Municipio de Medellín". Afirma el recurrente que el Tribunal "estimó erróneamente que en dicha escritura se contenía un 'título traslaticio de dominio', es decir, de aquellos que por su naturaleza sirven para transferir el dominio; que ella no contiene sino simples declaraciones, conceptos e interpretaciones del señor López quien no manifiesta su intención de transferir el dominio".

Se acusa como violados los artículos 740, 745, 746, 749, 752, 747, 750, 789, 768, 766 del C. C., y el 30 de la Constitución Nacional. Al referirse a la violación del artículo 950 del C. C. dice que ella se efectuó "como resultado del error de derecho en la apreciación de la prueba aludida porque se negó la acción reivindicatoria, al demandante, quien es el verdadero dueño del terreno en litigio; y en cambio se declara al Municipio de Medellín propietario de tal inmueble con base en el título que se ha venido estudiando.

Segundo cargo.—Se formula declarando que la sentencia es violatoria de la ley sustantiva, como consecuencia del error de hecho manifiesto en los autos, error de hecho que resulta de la falta de apreciación de determinadas pruebas y de la errónea apreciación de otras.

Dice el recurrente que no fueron apreciadas por el fallador diversas pruebas que enumera en varios apartes; y que fueron mal apreciadas las que enumera en la demanda.

Como demostraciones del cargo dice: "El Tribunal Superior de Medellín al dictar su fallo consideró que el señor Horacio López de Mesa había adquirido el inmueble objeto de este litigio por los linderos indicados en la escritura de venta de Fabiola Correa al mismo López de Mesa, sin observar que tal predio se vendió sin especificar la cabida; que los testigos dicen que lo regularmente vendido a López de Mesa fue el lote de terreno comprendido por los linderos que ellos señalan". De esto deduce el recurrente que la señorita Correa no vendió todo el lote de terreno a López de Mesa. Agrega que "no existe en las declaraciones de López de Mesa título alguno traslaticio de dominio de tal lote de terreno al Municipio de Medellín, porque él no era dueño, y él se cuida mucho de afirmar que era dueño. Dice que estaba destinado para vía pública por sus antecesores, pero en las escrituras anteriores no aparece destinación alguna a vía pública. Ni tampoco el Municipio de Medellín destinó tal lote para vía pública por norma alguna de carácter legal. Sólo con posterioridad a la iniciación del juicio resolvió acondicionar el lote para vía pública, haciendo una verdadera expropiación de hecho".

El recurrente dice que debido al error de hecho en que incurrió el Tribunal aplicó indebidamente los artículos 743, 746, 752, 946, 674, y 1871 del C. C.; que no aplicó el 950 de la citada obra al negarle al señor Sánchez la acción de dominio; que violó el 789 por aplicación indebida.

Tercer cargo.—Se acusa la sentencia como violatoria de la ley sustantiva por interpretación errónea. Dice el recurrente que el Tribunal consideró "que el título traslaticio de dominio puede ser cualquier declaración de un ciudadano ante un Notario, registrada debidamente, para que se opere la tradición de dominio de bienes raíces". Niega que las declaraciones hechas por López de Mesa constituyan ese título traslaticio de dominio a favor del Municipio de Medellín; que la ley sustantiva exige que haya destinación del bien para uso público, y que si los particulares no lo venden, ceden o permutan, las entidades respectivas deben adelantar el juicio de expropiación y pagar la correspondiente indemnización. Estima como violadas la mayor parte de las disposiciones citadas anteriormente.

La Corte considera: La acción que se ha agitado es una petitoria en virtud de la cual Ricardo Sánchez solicita que se le declare dueño exclusivo del lote materia de la querella en frente del Municipio de Medellín señalado como demandado; no se trata de una acción reivindicatoria por cuanto el actor en el libelo apenas se reduce en sus súplicas a impetrar la declaración de dominio sin exigir restitución de ninguna clase, limitándose a pedir que se declare "que el Municipio de Medellín carece de derecho para conceder permisos para edificar en los predios colindantes habitaciones con frente a mi terreno..."

Y desde ahora se ve la improcedencia del cargo cuando se ataca la sentencia por violación del artículo 950 del C. C. "porque le negó la acción reivindicatoria al demandante".

La situación de hecho controvertida al través de las instancias tiene contornos precisos: El Sr. Ricardo Sánchez con apoyo en la escritura nú-

mero 3946 de 29 de abril de 1950 cree que es dueño del lote en litigio, que él compró a doña Emilia Arroyave v. de Correa, quien en su carácter de denunciada en el juicio interpuso el recurso de casación; ese lote, según las pruebas de autos, constituye un rectángulo delimitado precisamente por la carrera 75 tan cuestionada en el juicio.

Doña Emilia Arroyave dijo adquirir el lote vendido por compra en mayor extensión a Fabiola Correa A., según escritura número 4364 de 26 de julio de 1945. En este instrumento la vendedora excluyó entre otros lotes el vendido a Carlos Correa que linda: "Por el oriente con la carrera 75... (subraya la Corte); por el Sur, con la calle 42..." (escritura número 746 de 3 de marzo de 1954) y excluyó, asimismo, el vendido a Horacio López de Mesa (escritura número 3509 de 26 de junio de 1944).

El lote adquirido por Carlos Correa fue transmitido a título de permuta al Municipio de Medellín por escritura número 5109 de 15 de octubre de 1946, venta en la cual intervino doña Emilia Arroyave v. de Correa en la forma que reza el título; allí se expresó claramente que el inmueble vendido está "situado en el paraje de 'El Zepelín', Barrio América, en la carrera 75 con la calle 42, con una área o cabida total de 558 varas cuadradas y un centímetro...". Esta escritura fue aclarada por la número 278 de 20 de enero de 1949. De acuerdo con estos títulos aparece nítidamente que la señora Fabiola Correa delimitó lo vendido a Carlos Correa por uno de sus costados, el oriente, con la carrera 75, y que este señor y doña Emilia al transferirle al Municipio, expresamente se refirieron a la existencia de la carrera 75 como límite en uno de los costados del lote dado en permuta. Es bueno precisar que en esa escritura quedó declarado que lo que daba don Carlos Correa fue lo mismo que éste adquirió por compra a doña Fabiola Correa según la escritura número 746.

De lo anterior se deduce otra consecuencia: Si la señora Arroyave v. de Correa desde 1946 y antes su vendedora doña Fabiola Correa, según lo expuesto, precisaron como límite de los lotes vendidos o permutados (venta de doña Fabiola a Carlos Correa) la carrera 75, no se encuentra el título que hubiera podido tener la señora Arroyave para venderle a Sánchez un lote comprendido precisamente dentro del área de la carrera 75, como lo hace anotar el plano a que se alude adelante.

La señora Fabiola Correa por escritura número 3509 antes citada le vendió a Horacio López de Mesa "un lote de terreno, situado en el paraje de "El Zepelín", cuya cabida no ha sido determinada, en la fracción de América de este Municipio, que linda: "Por el Norte, con la calle 2ª, del Barrio de La Primavera; por el Sur, con terrenos de Francisco E. Restrepo, del Barrio de Los Chalets, hoy una calle pública; por el Oriente, con propiedad de José Domingo Garcés; y por el Occidente con propiedad del mismo Francisco E. Restrepo, hoy calle pública". Comparando estos linderos con lo que se le adjudicó a Elvira Correa en la sucesión de Rafael Correa Acosta, hijuela registrada el 14 de septiembre de 1936 se ve que son exactos. De la adjudicación hecha a doña Elvira proceden las diversas titulaciones que obran en el juicio. Y si se tomara en cuenta el plano particular presentado por la parte actora al juicio (folio 19, cuad. 2º) desde ya habría que aceptar que la propiedad de López de Mesa comprende la integridad de la faja en donde hoy se encuentra la carrera 75 y, de consiguiente, la señora Arroyave v. de Correa le vendió a Sánchez V. un lote del cual no era dueña; la inspección ocular practicada en instancia y el dictamen de los peritos demuestran con plenitud probatoria "que el terreno que Ricardo Sánchez adquirió por permuta celebrada con doña Emilia Arroyave v. de Correa según escritura pública número 3946 de 26 de abril de 1950... hace parte del terreno inventariado en el juicio sucesorio de Rafael Correa A. bajo el número 15 que le fue adjudicado a Elvira Correa según hijuela número 1, y hace parte del terreno que Fabiola Correa vendió a Horacio López de Mesa según escritura número 3509 de 26 de junio de 1944, de la Notaría Cuarta de Medellín".

López de Mesa otorgó el instrumento que trascribe el Tribunal, que aparece inserto atrás, y que tan serios reparos le merece al recurrente (escritura número 9516 de 8 de noviembre de 1950) extendida antes de que se iniciara la acción a que se refiere el juicio.

A los reparos que se le han formulado se les hacen las siguientes observaciones: Demostrado está que el inmueble adquirido "por Horacio López de Mesa comprende el lote sobre que versa el litigio; y si este señor 'entendió' que la faja de terreno aludida estaba destinada para la prolongación de la carrera 75 entre las calles 41 y 42, porque su vendedora doña Fabiola Correa así lo había dispuesto, tal entendimiento descansa en la misma escritura hecha por dicha señora a don Carlos Correa y en donde se señaló como límite

de uno de los costados la carrera 75; es claro, pues, que ya la antecesora en el dominio, doña Fabiola, había hecho esa destinación para efectos indudables de la urbanización del lote y en ese convencimiento López le vende a Ramón Restrepo (22 de septiembre de 1944 y 3 de febrero de 1945) años antes de la venta hecha por la señora Arroyave a Sánchez, dos lotes haciéndolos colindar expresamente con la carrera 75. De acuerdo con estos antecedentes López, dueño de todo el globo, se vuelve a insistir, declara que esa faja había sido destinada para el uso público y servicio de una vía y que para que el Municipio tenga título sobre ese bien "hace esas declaraciones que sólo vienen a confirmar o legalizar lo que ya estaba establecido con la destinación que del mentado lote se hizo para el uso público por quienes antes eran sus propietarios". Estas declaraciones en relación con el dominio de la faja, hechas por quien ostenta un título indiscutible de propiedad, debidamente registrado, deben producir y producen a favor del Municipio de Medellín las necesarias consecuencias. Doña Emilia Arroyave, quien, como se dijo antes, fue la que interpuso el recurso de casación, ha debido probar en instancias que el lote que le vendió a Sánchez V. era de su exclusiva propiedad. Como no lo ha demostrado, es apenas de lógica jurídica que la jurisdicción no hubiera podido resolver favorablemente las súplicas de la demanda. Porque para que pueda prosperar una acción de la naturaleza de la incoada, es indispensable que el actor demuestre con plenitud que en su cabeza está radicado el dominio del bien inmueble sobre el cual se realiza la petición de declaración de propiedad exclusiva. El comprador de un inmueble cuyo vendedor no tiene su dominio, por el hecho del registro no lo adquiere, y ese título no podría enfrentársele a un tercero que lo desconoce y demuestra la carencia del dominio en el tradente, aunque ese tercero no sea el dueño.

De acuerdo con el examen que se ha hecho, se llega a la conclusión de que los ataques formulados contra la sentencia de segundo grado no pueden prosperar; no hubo error de derecho en la apreciación de la escritura número 9516. El actor ha debido probar no que el Municipio de Medellín no es dueño del lote en litigio sino que el actor demandante tiene el dominio exclusivo de él; no aparecen demostrados los errores de hecho enumerados por el recurrente, errores que al tenor de la ley debieran tener el carácter de manifiestos; ni es admisible que con prueba testimonial se pretenda destruir la alinderación de un inmueble señalada en la escritura de venta cuando la inspección ocular la hace aparecer concreta y precisa en la realidad de su identificación.

La Corte estima ajustadas a derecho las razones que fundamentan el fallo de instancia, razones que no fueron desvirtuadas en la demanda de casación.

En mérito de lo dicho la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, del Tribunal Superior de Medellín de fecha diez y ocho (18) de junio de mil novecientos cincuenta y tres (1953).

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, e insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Ignacio Gómez Posse — Agustín Gómez Prada. Luis Felipe Latorre U. — Alberto Zuleta Angel. Ernesto Melendro Lugo, Srio.

APRECIACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL POR EL TRIBUNAL SENTENCIADOR. — ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA.—EL QUEBRANTAMIENTO DE LA NORMA ADJETIVA QUE SEÑALA LOS CASOS EN QUE PUEDE CONCEDERSE TERMINO PROBATORIO EN LA SEGUNDA INSTANCIA DE LOS JUICIOS ORDINARIOS NO ES DENUNCIABLE EN CASACION. PRUEBA DE LA CONDICION DE HEREDERO DEL DEMANDADO EN LOS JUICIOS DE FILIACION NATURAL

1.—Ha sido doctrina constante de la Corte la de que la apreciación de las pruebas hecha por el Tribunal debe ser respetada en casación, aun cuando ella no sea compartida por la Corte. Y debe ser respetada, porque el recurso de casación no tiene por objeto hacer un nuevo análisis de los elementos probatorios, ni rectificar el criterio del juzgador de instancia sobre las cuestiones de hecho. Por eso, para que haya error de derecho en la apreciación de una prueba, se necesita que, al estimarla, se haya contravenido a la ley que la establece y valora. Y, por tanto, este concepto de error de derecho no comprende todo error en que haya podido incurrir el tribunal sentenciador en la estimación de los elementos lógicos que determinaron su convicción, sino que es necesario que el error implique la violación de un precepto legal sustantivo. El artículo 697 del C. J., implícitamente exige que el testigo deponga sobre hechos concretos. Pero cuál deba ser el grado de concreción o determinación de esos hechos, es cosa que la ley no precisa y que deja, por tanto, a la discreta estimación del tribunal sentenciador. Y la Corte no puede sustituir esa discreción por la suya propia, sin exceder los límites que la ley le ha señalado cuando, en tratándose de casación por mala apreciación de la prueba, no ha querido que pase por encima de la que ha hecho el tribunal, sino por motivos determinados, uno de los cuales es el error de derecho, que sólo existe, en este caso, cuando los testimonios no aparecen acordes en cuanto a las circunstancias concretas de los hechos sobre que deponen, o cuando no expresan esas circunstancias. (Casación, marzo 23 de 1954, LXXVII, 118 y 119).

2.—No puede alegarse en casación el quebrantamiento del artículo 1º del Decreto Legislativo 0243 de 1951, que señala los casos en que puede concederse término probatorio en la apelación de sentencias en juicios ordinarios, pues se trata de una norma simplemente procedimental o adjetiva cuya aplicación por el tribunal no puede revisarse al través de un ERROR IN IUDICANDO que sólo existe respecto de leyes sustantivas. La disposición citada no hace referencia a la valoración de las pruebas conforme a la tarifa, de suerte que su quebranto no puede examinarse en casación ni siquiera como medio al través del cual se consumara un error de derecho en la apreciación probatoria que condujera indirectamente a la infracción de otra norma de carácter sustantivo.

3.—Conforme a la doctrina sustentada por la Corte, en las acciones sobre reclamación de estado de hijo natural, cuanto a la paternidad se refiere, solamente es legítimo contradictor el padre mientras éste viva, caso en el cual la sentencia que se dicte produce efectos ERGA OMNES. Muerto el presunto padre, las acciones pueden incoarse contra quienes jurídicamente son continuadores de la persona del DE CUJUS, o sea, sus herederos AB INTESTATO o testamentarios, parientes o extraños, caso en el cual el fallo respectivo produce efectos relativos, sólo entre las partes. De consiguiente, cuando el hijo natural ejercita conjuntamente la acción de estado y la acción de petición de herencia para que se declare la paternidad del DE CUJUS, y se le reconozcan sus derechos a la sucesión en frente del heredero aparente, corresponde al actor comprobar la legitimación de la persona demandada en el juicio, como presupuesto de las acciones referidas, o sea, la calidad de heredero apa-

rente del presunto padre natural. La prueba de tal calidad puede hallarse, según los casos, en las actas de registro del estado civil que establezcan el parentesco entre el finado padre natural y el heredero demandado, de las cuales aparezca la vocación hereditaria conforme a las reglas de la sucesión intestada; o en el testamento del presunto padre natural en que éste instituye asignatario universal al demandado, o en el reconocimiento judicial de heredero, proferido en el juicio de sucesión con base en las actas o en el testamento. La confesión del demandado no es prueba idónea para acreditar su condición de heredero, ya que ésta se relaciona con hechos que deben constar en documentos públicos. Pero esto no significa que sólo pueda comprobarse con las actas del registro del estado civil.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, siete (7) de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955).

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra)

La Corte resuelve sobre la demanda de casación formalizada por la parte demandada en el juicio ordinario de Blanca Alcira Laguna contra María Luisa Cartagena sobre filiación natural y petición de herencia, decidido en segunda instancia por el Tribunal Superior de Ibagué.

I. — Antecedentes

1.—Blanca Alcira Laguna, obrando en representación de sus hijos menores Cecilia, Alirio y Luis Eduardo Laguna, demandó por la vía ordinaria ante el Juzgado del Circuito de Espinal, a María Luisa Cartagena, en su condición de heredera única reconocida en la sucesión de Flaminio Cartagena Vega como madre natural del causante, para que se declarara en sentencia definitiva que los citados menores son hijos del finado Cartagena Vega, y que de consiguiente, tienen derecho a heredarlo conforme a las reglas de la sucesión intestada, y a que se les restituyan las cosas corporales e incorporales de la herencia con sus aumentos y frutos.

Como hechos fundamentales de la demanda la actora expuso, entre otros, los siguientes: a) que la demandante es madre natural de los menores Cecilia, Alirio y Luis Eduardo Laguna, nacidos respectivamente el 27 de septiembre de 1945, el 3 de agosto de 1948 y el 20 de diciembre de 1951 b) que Flaminio Cartagena Vega es padre natural de los citados menores, por haber sido éstos concebidos durante las relaciones sexuales estables que mantuvo con la demandante desde el año de 1943 hasta la fecha de la muerte de Cartagena Vega acaecida el 21 de febrero de 1953; c) que los nombrados menores tuvieron respecto de Flaminio Cartagena Vega la posesión notoria del estado de hijos, pues fueron tratados por él como tales, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y los deudos y amigos de Cartagena y el vecindario en general los reputaron de igual manera a virtud del tratamiento que les dio; e) que en el juicio de sucesión intestada de Flaminio Cartagena Vega aparece reconocida como heredera única, en su condición de madre natural del causante, la demandada María Luisa Cartagena, quien se halla en posesión de todos los bienes herenciales desde el fallecimiento de aquél.

2. — Al descorrer el traslado de la demanda y dar respuesta al libelo, la demandada María Luisa Cartagena se opuso a las pretensiones de la actora, negando los hechos atinentes a la filiación natural reclamada y aceptando su condición de heredera única reconocida como madre natural de Flaminio Cartagena Vega y su calidad de poseedora de los bienes relictos.

3.—En sentencia del 8 de junio de 1954 el juez del conocimiento dio término a la primera instancia, declarando inepta la demanda, a causa de no haberse acreditado la condición atribuída a María Luisa Cartagena como madre natural y heredera de Flaminio Cartagena.

4.—Por apelación de la parte actora, el Tribunal Superior conoció el negocio en segunda instancia y lo decidió en sentencia del 20 de enero del presente año, mediante la siguiente resolución:

"Los menores Cecilia, Alirio y Luis Eduardo Laguna, son hijos naturales de Flaminio Cartagena con los derechos sucesorales inherentes a ese estado civil.

"Como consecuencia de la declaración anterior Luisa o María Luisa Cartagena, está obligada a restituir a los aludidos menores, representados por su madre Blanca Alcira Laguna, todas las cosas hereditarias tanto corporales como incorporales y sus frutos naturales y civiles, que les correspondieren a los menores Cecilia, Alirio y Luis Eduardo Laguna de conformidad con las reglas de la sucesión intestada.

"Costas en ambas instancias a cargo de la demandada".

5.—Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación la parte demandada. Concedido y admitido en legal forma, la demanda fue formalizada en tiempo y el negocio se halla listo para recibir la decisión de la Corte.

II. — Sentencia acusada

1. — El Tribunal relaciona la prueba testimonial aducida por la parte actora para demostrar las causales de paternidad natural invocadas, así:

"Testimonios de Nicolás Rodríguez, Alvaro Sabogal, Tito Cárdenas, Luis María Sabogal, Jorge Murillo, José Cupertino Mogollón, Pedro Nel Saavedra, Carmen Guzmán de Palma, Gerardo Buitrago, José Pava, Abel de J. León, Ignacio Ramírez Vásquez, Pablo Ortegón, Marco Antonio García, Carlos Arturo Tello, Alberto Rojas, Jesús María Llanos, Roberto Vásquez, Darío Vásquez, José María Benavides Guerrero, María del Rosario Santos, Miguel Antonio Campos, Eleuterio Lozano, Rogelio Cuervo, Rafael Rodríguez, Juan Murillo, Adán Barrios, Alberto Cortés, Martín Carvajal, Leovigildo Sarmiento y Clemente Céspedes, quienes dicen: el primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, noveno, décimo, décimo primero, décimo tercero, décimo cuarto, décimo quinto, décimo séptimo, décimo octavo, décimo noveno, vigésimo primero, vigésimo segundo, vigésimo cuarto, vigésimo quinto, vigésimo sexto, vigésimo séptimo, vigésimo noveno, trigésimo y trigésimo primero, que conocieron a Flaminio Cartagena Vega, Blanca Alcira Laguna, y a los menores Cecilia, Alirio y Luis Eduardo Laguna, y que por ese conocimiento les consta, que los primeros hicieron vida marital por largo tiempo. Unos hablan de once años, otros de diez y otros de cinco, según el lapso en que cada uno de ellos tuvo oportunidad de presenciar tal estado de cosas. Algunos de estos deponentes que afirman haber sido amigos de Cartagena, otros vecinos, y algunos hasta socios en empresas agrícolas, narran que Cartagena trataba a los menores como a hijos suyos, y así los presentaba a sus amigos, los llevaba a paseos a distintos lugares en asocio de la madre, y que durante la convivencia con la Laguna los amantes residieron por alguna época en un fundo rural, y posteriormente hasta la muerte de Flaminio, en la casa de la madre de la Laguna, a pesar de que Cartagena llegaba también, y guardaba allí los productos agrícolas en la residencia de sus hermanos; la octava, que en su calidad de enfermera fue buscada por Flaminio Cartagena para que asistiera a Blanca Alcira Laguna en sus partos, y que Flaminio era quien pagaba sus honorarios, y que pudo observar que éstos hacían vida marital, y que Cartagena prodigaba a los menores el trato de hijos; el décimo segundo, que fue amigo de Cartagena, y que éste manejaba su carro particular cuando hacía algunos viajes, y que en su calidad de médico atendió a Blanca Alcira Laguna en las épocas de embarazo y en las enfermedades de que padeció; y que quien solicitó sus servicios profesionales fue Flaminio Cartagena, quien hacía vida marital con aquélla, proveyendo a su sostenimiento y demás gastos, y tratando a los menores como a sus hijos, y así presentándolos ante sus amigos y relacionados, y que los amantes vivían en la casa de la madre de la Laguna, sin que pueda precisar, si era ésta quien vivía en casa de aquélla o al contrario, pero que en todo caso, en la misma casa convivían los amantes y la madre de Blanca; el décimo sexto, que en la farmacia de su propiedad despachó a Flaminio Cartagena drogas prescritas por los médicos de la localidad con destino a Blanca Alcira Laguna y a los menores, a quienes Cartagena prodigaba el trato de padre y proveía para su sustento, y presentaba como tales a sus amigos y relacionados; el vigésimo, que en su calidad de médico, atendió llamado por Flaminio Cartagena, uno de los partos de Blanca Alcira Laguna, y que también prestó otros servicios profesionales a la mencionada mujer por cuenta de Cartagena, y operó en asocio del doctor Ramírez Vásquez a una niña hija de los amantes; el vigésimo tercero, que como músico y por cuenta de Cartagena dio serenatas a Blanca Alcira Laguna, quien hizo vida marital por más de doce años con Flaminio Cartagena; el vigésimo octavo, que únicamente conoció a Flaminio Cartagena quien falleció en la población del Espinal. No resulta ocioso hacer notar que algunos de los primeros deponentes afirman que Cartagena pretendió contraer matrimonio con Blanca Alcira con el fin de legitimar a sus hijos, pero que ésta no accedió a sus deseos".

2.—El Tribunal halló demostrada la causal de paternidad natural, consagrada en el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

Dice al respecto la sentencia:

"Testigos de distinta categoría declaran sobre la existencia de las relaciones sexuales estables, entre Flaminio Cartagena y Blanca Alcira Laguna, y son especialmente importantes los dichos

de personas de la respetabilidad de los doctores Benavides Guerrero y Ramírez Vásquez, quienes fueron buscados por Flaminio en diversas ocasiones para que prestaran sus servicios profesionales a Blanca Alcira y a los menores. El doctor Ramírez tuvo mayores oportunidades de darse cuenta de las relaciones de los amantes, pues Flaminio fue su chofer durante largo tiempo. La enfermera Carmen Guzmán de Palma y el boticario Elberto Rojas, también tuvieron oportunidad por razón de su oficio y negocio, de constatar qué clase de intimidad existía entre Cartagena y la Laguna, e igual cosa ocurre con quienes fueron sus vecinos, o tuvieron negocios con el difunto.

"La multiplicidad de tales testimonios, que deponen por conocimiento directo de los hechos que presenciaron, por haberse movido los amantes dentro del círculo social a que ellos pertenecían, o por razón de su amistad con el difunto o de sus actividades profesionales, están indicando que las relaciones sexuales que cultivaron la madre de los menores y el causante fueron notorias y estables.

"La mayoría de los deponentes dice que las relaciones entre Cartagena y la Laguna duraron más de diez años, contados hacia atrás, desde el fallecimiento del primero, es decir, desde el veintiuno de febrero de mil novecientos cincuenta y tres, y como el mayor de los menores nació el veintisiete de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco, es obvio, que ese hecho tuvo lugar después de los ciento ochenta días, contados desde la época aproximada en que empezaron tales relaciones.

"Desde el nacimiento de los hijos de Blanca Alcira hasta la muerte de Flaminio, éste nunca fue indiferente a la suerte de quienes tenía como a sus hijos, pues proveyó a su subsistencia, los atendió en sus enfermedades, los llevaba a paseos y los presentaba como a sus hijos, hechos estos, que si bien no puede decirse que demuestren la posesión notoria, por no haber durado diez años, por la muerte de Flaminio, sí refuerzan la prueba encaminada a establecer las relaciones sexuales estables que el difunto tuvo con Blanca Alcira, y el tratamiento que prodigaba a ésta y a los hijos que en ella procreó.

"Así, pues, a pesar del cuidadoso rigor con que debe mirarse la prueba de filiación natural, puesto que la paternidad se produce ordinariamente en campos ocultos, es lo cierto que aquí todo induce a entender que los menores Cecilia, Alirio y Luis Eduardo son en realidad hijos naturales de Flaminio Cartagena".

3. — Cuanto a la legitimación de la parte demandada, la sentencia considera:

"El actor afirmó que el sucesorio de Flaminio Cartagena había sido iniciado y cursaba en el Juzgado Civil del Circuito del Espinal, y que en él había sido reconocida como única heredera Luisa o María Luisa Cartagena, madre natural del causante, y que ella se hallaba en posesión de los bienes herenciales. En la contestación de la demanda se aceptaron como ciertos tales hechos, y María Luisa Cartagena precisamente en su calidad de heredera reconocida ha afrontado el litigio.

"En la diligencia de inspección ocular que este Tribunal practicó sobre el sucesorio protocolizado de Flaminio Cartagena, se constató que María Luisa Cartagena, por medio de apoderado, solicitó y obtuvo la apertura del juicio, su reconocimiento como heredera en su calidad de madre natural de Flaminio, reconocimiento que obtuvo con la presentación de partida de bautizo correspondiente, y que fuéra de ella, no hubo otros herederos reconocidos".

III. — Demanda de casación

Dos cargos hace el recurrente a la sentencia, ambos fundados en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial.

Son estos:

1º — Infracción indirecta de la ley sustantiva por error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial que el sentenciador tuvo en cuenta para acreditar el estado civil de los menores Cecilia, Alirio y Luis Eduardo Laguna como hijos naturales de Flaminio Cartagena Vega. Cita como infringidos los artículos 697 del Código Judicial, 4º —ord. 4º—, 6º y 7º de la Ley 45 de 1936, 398 y 399 del Código Civil, y 1º del Decreto Legislativo 0234 de 1951.

2º — Infracción indirecta de la ley sustantiva por error de derecho en la apreciación de las pruebas de confesión de la demandada y de inspección ocular, con las cuales el Tribunal consideró legalmente establecida la condición de María Luisa Cartagena como heredera del presunto padre natural. Las disposiciones violadas, en sentir del recurrente, son los artículos 632 y 636 del Código Judicial; 347, 401 y 402 del Código Civil, 22 de la Ley 57 de 1887 y 1º de la Ley 92 de 1938.

IV. — Examen de los cargos

Cargo primero.—Según el recurrente, las declaraciones que examina el Tribunal fueron solicitadas por la parte demandante "más que para probar las relaciones sexuales, para demostrar esa posesión notoria sobre la cual y por el mismo cartabón de las preguntas declaran todos los testigos sin concretar los hechos y circunstancias relacionadas con el nacimiento de los menores y de esa notoria posesión del estado civil".

El recurrente se refiere en concreto a los testimonios de Nicolás Rodríguez, Alvaro Sabogal Vásquez, Alberto Rojas Palma, María del Rosario Santos, Carmen Guzmán de Palma, Ignacio Ramírez Vásquez y José María Benavides, a los cuales señala deficiencias, imprecisiones y vaguedades.

Afirma que las declaraciones restantes se limitan "a contestar al tenor literal de la pregunta y a afirmar que sí tenían los menores la posesión notoria de estado de hijos naturales sin dar detalle alguno".

Y refiriéndose a toda la prueba testimonial sostiene que "ni uno solo de los testigos explica con precisión y detalles satisfactorios que dejen en el ánimo la plena convicción que es de rigor en estos casos".

Observa el recurrente que aunque "el Tribunal desechó la posesión notoria por falta del tiempo necesario, si aceptó las declaraciones con que pretendió sustentarse semejante posesión".

El recurrente, después de citar la doctrina de la Corte que exige especial rigor en la estimación de las probanzas relacionadas con la filiación natural, concluye la sustentación del cargo así:

"El Tribunal, en el fallo recurrido hizo un recuento de los testimonios aducidos y consideró agrupando diversos testimonios incompletos que se había dado la prueba requerida completando los distintos testimonios unos con otros para dar así probado (sic) hechos y circunstancias aisladas, que es el procedimiento (sic) al indicado por la ley y la jurisprudencia para establecer la notriedad de las relaciones sexuales o del estado civil de hijo al exigir como dice el artículo 399 del C. C. por un conjunto de testigos fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable, regla ésta aplicable con mayor rigor al estado civil de hijo natural.

"Por este concepto considero quebrantados los siguientes textos legales sustantivos: Artículo 4º, ordinal 4º de la Ley 45 de 1936 y 697 del C. J.

"También considero violados por este concepto los artículos 6º y 7º de la misma ley y 398 y 399 del C. Civil. Esto último por cuanto el Tribunal en el análisis de las pruebas que determinó el error de derecho estimó pruebas relativas a la posesión notoria del estado civil de hijo natural y aunque es verdad que por el lapso de tiempo desechó la posesión, sí acogió la notoriedad.

"También considero que el Tribunal quebrantó el artículo 1º del Decreto 0243 de 1951 al aceptar las pruebas practicadas durante el término de prueba que decretó en la segunda instancia. Desde que se presentó la demanda se hace alusión al juicio de sucesión de Flaminio Cartagena y se presentaron certificados y copias de inventarios. Sin embargo a la segunda instancia se llevó un certificado de protocolización del juicio de sucesión y sobre ese punto se abrió a prueba y se practicaron algunas que nada tienen que ver con el juicio de sucesión, quebrantando así las reglas sustantivas de los ordinales 3º y 4º, inciso 3º, del Decreto en mención".

Se considera:

El recurrente dirige especialmente sus críticas a la apreciación que el Tribunal hizo respecto de la prueba testimonial sobre los hechos constitutivos de la posesión notoria de estado.

Tales críticas no sustentan eficazmente el cargo formulado en casación, porque el sentenciador declaró la filiación natural con base no en la posesión notoria sino en las relaciones sexuales estables y públicas entre Cartagena y la Laguna.

El Tribunal tuvo en cuenta que los hechos de posesión notoria afirmados por los testigos, aunque no alcanzan a establecerla por no haber durado los diez años exigidos por la ley, "sí refuerzan la prueba encaminada a establecer las relaciones sexuales estables que el difunto tuvo con Blanca Alcira, y el tratamiento que prodigaba a ésta y a los hijos que en ella procreó".

Por este aspecto, la acusación es inane, ya que en realidad el sentenciador tomó en cuenta esa prueba sólo para robustecer su convicción respecto de la existencia de las relaciones concubinatarias dentro de las cuales fueron concebidos y nacieron Cecilia, Alirio y Luis Eduardo Laguna.

Y, en consecuencia, la supuesta violación de los artículos 398 y 399 del Código Civil y 6º y 7º de la Ley 45 de 1936, disposiciones atinentes a la prueba de la posesión notoria del estado de hijo natural, carece de consistencia.

El Tribunal halló demostrados con la abundan-

te prueba testimonial allegada a los autos los siguientes hechos: 1º Que Flaminio Cartagena hizo vida marital extramatrimonial con Blanca Alcira Laguna; 2º Que esas relaciones fueron notorias y estables, como lo indica "la multiplicidad de tales testimonios que deponen por conocimiento directo de los hechos que presenciaron, por haberse movido los amantes dentro del círculo social a que ellos pertenecían, o por razón de su amistad con el difunto o de sus actividades profesionales"; 3º Que el estado de concubinato duró más de diez años, contados hacia atrás, desde el fallecimiento de Cartagena, ocurrido el 21 de febrero de 1953; 4º Que como el mayor de los hijos de Blanca Alcira nació el 27 de febrero de 1945, "es obvio que ese hecho tuvo lugar después de los 180 días, contados de la época aproximada en que principiaron tales relaciones".

Se enjuicia la sentencia por error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial, a consecuencia del cual se infringió el num. 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, y se cita como violación-medio la del artículo 697 del Código Judicial, según el cual "dos testigos hábiles que concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba en los casos en que este medio es admisible conforme a la ley".

Como se deja expuesto, el cargo estriba en que los testimonios examinados por el Tribunal "carecen de precisión y detalles satisfactorios que dejen en el ánimo la plena convicción que es de rigor en estos casos".

La Sala rechaza el cargo porque los fundamentos de la acusación no conducen a la demostración del error de derecho en la apreciación de la prueba.

Según lo ha venido repitiendo esta Sala, "ha sido doctrina constante de la Corte la de que la apreciación de las pruebas hechas por el Tribunal debe ser respetada en casación, aun cuando ella no sea compartida por la Corte. Y debe ser respetada, porque el recurso de casación no tiene por objeto hacer un nuevo análisis de los elementos probatorios, ni rectificar el criterio del juzgador de instancia sobre las cuestiones de hecho. Por eso, para que haya error de derecho en la apreciación de una prueba, se necesita que, al estimarla, se haya contravenido a la ley que la establece y valora. Y, por tanto, este concepto de error de derecho no comprende todo error en que haya podido incurrir el tribunal sentenciador en la estimación de los elementos lógicos que determinaron su convicción, sino que es necesario que el error implique la violación de un precepto legal positivo.

"El artículo 697 del C. J., implícitamente exige que el testigo deponga sobre hechos concretos. Pero cuál deba ser el grado de concreción o determinación de esos hechos, es cosa que la ley no precisa y que deja, por tanto, a la discreta estimación del tribunal sentenciador. Y la Corte no puede sustituir esa discreción por la suya propia sin exceder los límites que la ley le ha señalado cuando, en tratándose de casación por mala apreciación de la prueba, no ha querido que pase por encima de la que ha hecho el tribunal, sino por motivos determinados, uno de los cuales es el de error de derecho, que sólo existe, en este caso, cuando los testimonios no aparecen acordes en cuanto a las circunstancias concretas de los hechos sobre que deponen, o cuando no expresan esas circunstancias". (Casación, marzo 23 de 1954, LXXVII, 118 y 119).

Por último, en cuanto a la supuesta violación del art. 1º del Decreto Legislativo 0243 de 1951, que señala los casos en que puede concederse término probatorio en la apelación de sentencias en juicios ordinarios, tal quebrantamiento no puede alegarse en casación, pues se trata de una norma simplemente procedimental o adjetiva cuya aplicación por el Tribunal no puede revisarse al través de un error in iudicando que sólo existe respecto de leyes sustantivas. La disposición citada no hace referencia a la valoración de las pruebas conforme a la tarifa, de suerte que su quebranto no puede examinarse en casación ni siquiera como medio al través del cual se consumara un error de derecho en la apreciación probatoria que condujera indirectamente a la infracción de otra norma de carácter sustantivo.

Segundo cargo.—El recurrente sostiene que el sentenciador violó los artículos 347, 401 y 402 del Código Civil, 632 y 636 del Código Judicial, 22 de la Ley 57 de 1887 y 1º de la Ley 92 de 1938, a consecuencia de error de derecho en la apreciación de la confesión de la demandada, y de la inspección ocular practicada en la Notaría del Circuito del Espinal, pruebas que tuvo en cuenta el Tribunal para dar por establecida en la demanda su condición de heredera de Flaminio Cartagena.

En concepto del recurrente las pruebas mencionadas no demuestran legalmente que María Luisa Cartagena tenga el carácter de heredera de Flaminio Cartagena, y en consecuencia, faltando la titularidad en el sujeto pasivo de la acción, o

sea, su legitimación en la causa, la sentencia debe invalidarse a fin de negar las acciones incoadas.

Para el recurrente la calidad de heredera de la demandada ha debido acreditarse con copia del decreto judicial tomada del juicio de sucesión de Flaminio Cartagena Vega, única prueba admisible para acreditar tal hecho.

El Tribunal incurrió en error de derecho al considerar que tal documento público podía suplirse o reemplazarse con las siguientes pruebas:

"a) Con la aceptación de los hechos décimo y undécimo hecha al ser contestada la demanda: y

"b) Con la diligencia de inspección ocular que el Tribunal practicó sobre el sucesorio protocolizado de Flaminio Cartagena, y en el cual 'se constató que María Luisa Cartagena, por medio de apoderado, solicitó y obtuvo, la apertura del juicio, su reconocimiento como heredera en su calidad de madre natural de Flaminio, reconocimiento que obtuvo con la presentación de la partida de bautismo correspondiente, y que fuéra de ella, no hubo otros herederos reconocidos'.

"El problema se concreta, pues, a saber si con esos elementos puede reemplazarse la prueba y hacerse la legitimación en causa de la demandada como heredera".

Y en este orden de ideas el recurrente concluye que ni por la confesión, ni por la inspección ocular podía probarse la calidad de heredero, resultando así evidenciado el error de derecho imputado a la sentencia.

Se considera:

Conforme a la doctrina sustentada por la Corte, en las acciones sobre reclamación de estado de hijo natural, cuanto a la paternidad se refiere, solamente es legítimo contradictor el padre mientras éste viva, caso en el cual la sentencia que se dicte produce efectos **erga omnes.** Muerto el presunto padre las acciones pueden incoarse contra quienes jurídicamente son continuadores de la persona del **de cujus,** o sea, sus herederos **ab intestato** o testamentarios, parientes o extraños, que por derecho ocupen la posición de quien falleció, caso en el cual el fallo respectivo produce efectos relativos, sólo entre las partes. (C. C., artículos 17, 401, 402, 403, 404 y 1008; C. J., artículos 473, 474 y 475; Ley 45 de 1936, art. 7º).

De consiguiente, cuando el hijo natural ejercita conjuntamente la acción de estado y la acción de petición de herencia para que se declare la paternidad del **de cujus,** y se le reconozcan sus derechos a la sucesión en frente del heredero aparente, corresponde al actor comprobar la legitimación de la persona demandada en el juicio, como presupuesto de las acciones referidas, o sea, la calidad de heredero aparente del presunto padre natural.

La prueba de tal calidad puede hallarse, según los casos, en las actas de registro del estado civil que establezcan el parentesco entre el finado padre natural y el heredero demandado, de las cuales aparezca la vocación hereditaria conforme a las reglas de la sucesión intestada; o en el testamento del presunto padre natural en que éste instituye asignatario universal al demandado, o en el reconocimiento judicial de heredero, proferido en el juicio de sucesión con base en las actas o en el testamento.

Es cierto, como lo dice el recurrente, que la confesión del demandado no es prueba idónea para acreditar su condición de heredero, ya que ésta se relaciona con hechos que deben constar en documentos públicos. Pero esto no significa que sólo pueda comprobarse tal condición con las actas del registro del estado civil, según se ha visto.

El recurrente acepta que el decreto judicial de heredero sirve para comprobar la correspondiente calidad en el demandado. Pero impugna la sentencia recurrida, porque en su concepto el reconocimiento ha de traerse a los autos en copia auténtica expedida por funcionario competente, sin que valga el examen y reconocimiento que el juez de la causa realice en inspección ocular, producida legalmente dentro del juicio, sobre el propio decreto original existente en el juicio de sucesión.

En la sustentación del cargo el recurrente no cita ninguna disposición pertinente que aparezca infringida por el sentenciador al admitir con valor de prueba suficiente tal medio, ni menos menciona norma sustantiva atinente al fondo del negocio que haya sido infringida a consecuencia del supuesto error de derecho en la apreciación de la prueba, lo cual es bastante para rechazar el cargo sin otras consideraciones.

V. — Resolución

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de fecha 20 de enero de 1955, dictada en el presente juicio.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Manuel Barrera Parra — José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez — Julio Pardo Dávila. Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

OBLIGACION DEL QUE VENDE UN INMUEBLE DESIGNANDO CLARAMENTE SUS LINDEROS DE ENTREGAR AL COMPRADOR TODO LO COMPRENDIDO EN ELLOS

1.—Cuando se vende un inmueble designando claramente sus linderos, la venta debe entenderse que se hizo como de especie o cuerpo cierto y el vendedor queda obligado a entregar al comprador, sin alteración del precio, todo lo comprendido en los linderos, sea cual fuere su cabida.

2.—Ha sido doctrina constante de la Corte, sobre el fenómeno de la accesión, la de sostener que "el dueño del inmueble pasa a serlo de lo que por accesión se junta a dicho inmueble, sin necesidad de escritura pública registrada, ya provenga la accesión de la naturaleza, de obra del mismo dueño o de obra de un tercero. El dueño incorpora en su patrimonio lo que por accesión se agrega al bien de que ya es dueño, y este resultado se obtiene sin que para ello se realice y se cumpla tradición alguna".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, diez de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor: Agustín Gómez Prada)

El Tribunal Superior de Barranquilla, en sentencia de 12 de agosto del año pasado, confirmó la proferida por el Juzgado 2º Civil del mismo Circuito, el 9 de febrero de 1953, por medio de la cual se absolvió a la sociedad demandada **"Fábrica de Tejidos Costeños Limitada"**, representada por su Gerente Alberto Calvo Escobar, de los cargos que le formularon en juicio ordinario la sociedad anónima en liquidación **"Laboratorios Kiuhan S. A."** y el Doctor **Teófilo Kiuhan.**

La parte demandante interpuso contra dicho fallo el recurso de casación.

Antecedentes:

I—Por escritura número 1183, de 30 de abril de 1949, otorgada en la Notaría Segunda de Barranquilla, la sociedad comercial **Laboratorios** Kiuhan S. A. le vendió a al sociedad denominada Fábrica de Tejidos Costeños Limitada el inmueble que aparece descrito en el citado instrumento.

Y con fundamento en que en la venta realizada por medio de la escritura aludida no quedaron comprendidos el lote distinguido con el número 13 y la casa o casita en él levantada por el doctor Teófilo Kiuhan, éste y los Laboratorios Kiuhan iniciaron el presente juicio para reclamar el dominio de dicho lote y de la construcción, la restitución de los mismos, el pago de los frutos y arriendos percibidos, el resarcimiento de los perjuicios sufridos por los actores con la ocupación y goce indebidos del inmueble y el pago de las costas del juicio.

II—Los hechos de la demanda pueden resumirse así:

Por escritura 1183, de 30 de abril de 1949, de la Notaría 2ª de Barranquilla, Laboratorios Kiuhan le vendieron a Fábrica de Tejidos Costeños Ltda. un lote, situado en Barranquilla, en la Urbanización de El Carmen, con superficie de 4.400 metros cuadrados, que comprende los lotes números 9, 10, 11, 12, 14, 16, 17 y 19, con cuatro pabellones construídos. El inmueble lo adquirió la sociedad vendedora por escritura 89, de 21 de enero de 1934 y de la misma Notaría.

Se dice que el terreno tiene una cabida de 4.400 metros cuadrados, pero en realidad tiene una de 4.800, delimitado por una muralla de más de 3 metros de altura, sin que en esa cabida estén comprendidos ni el solar número 13, ni la casa de propiedad del doctor Kiuhan.

Al constituirse la sociedad Laboratorios Kiuhan, por escritura número 89, de 31 de enero de 1934, el doctor Teófilo Kiuhan le traspasó los lotes números 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17 y 19, o sea, la totalidad de los lotes de que era propietario. Pero no le traspasó la casa construída en el lote número 13 de la Ubanización según consta en la escritura número 89 mencionada.

El doctor Teófilo Kiuhan construyó en 1933 la casa de que se habla en el lote Nº 13, con sus propios recursos, como consta en la escritura 2638, de 31 de agosto de 1949. Pero esa casa nunca fue

traspasada por el Dr. Kiuhan a los Laboratorios Kiuhan S. A. y, por tanto, mal podía esta sociedad traspasársela a la Fábrica de Tejidos Costeños. Tan cierto es ello, que el registro de la escritura se hizo a nombre del doctor Kiuhan y hoy día aparece a su nombre.

En la escritura 1183, de 30 de abril de 1949 y con posterioridad a esa fecha, se intercaló en el texto de dicho instrumento la frase: "Una casita de ladrillos y teja situada al suroeste del terreno", lo cual está comprobado con dictamen de peritos.

Así, pues, la Fábrica de Tejidos Costeños ocupa ilegalmente el solar número 13 y la casa de propiedad del doctor Teófilo Kiuhan.

III—El Juzgado 2º Civil del Circuito de Barranquilla, en la sentencia aludida al principio de este fallo, absolvió a la parte demandada "de las declaraciones y condenas impetradas en el escrito de demanda": **en cuanto al lote, porque** "la sola omisión en la escritura de venta del lote distinguido con el número 13 no puede conducir al juzgador a entenderla en el sentido de que el vendedor se reservaba la propiedad sobre ese lote determinado. De haber sido así, los linderos y medidas consignadas en la escritura de venta se habrían modificado y no serían, como aparece de autos, los mismos de la escritura de adquisición"; **y en cuanto a la casa,** porque no se demostró legalmente que la interlineación hecha en la escritura número 1183 se hubiera hecho con posterioridad al otorgamiento de dicho instrumento.

El Tribunal, en el fallo que es objeto del recurso de casación, confirma el del Juzgado, dando cuatro razones que pueden resumirse así: a) la sociedad compradora estuvo dos años y medio poseyendo los bienes materia del litigio sin reclamo alguno, lo que enseña que las partes hicieron una aplicación práctica del contrato que debe respetarse; b) cuando el doctor Kiuhan traspasó a los Laboratorios Kiuhan el inmueble que había adquirido de doña Aminta R. Samudio, ya había construído la casa cuya restitución solicita, de manera que por accesión era su dueño y en la venta quedó comprendida también dicha casa; c) la parte actora no ha pedido pronunciamiento alguno sobre falsedad ejecutada en la escritura 1183, respecto de la casa del Dr. Kiuhan ni, menos, ha probado dicha falsedad; d) en fin, el Dr. Kiuhan traspasó a los Laboratorios Kiuhan "exactamente el mismo lote de terreno que compró a la Sra. de Samudio", y los Laboratorios Kiuhan vendieron a la Fábrica de Tejidos Costeños "el mismo lote de terreno que primitivamente fue de propiedad de la señora de Samudio", de manera que "fue una simple omisión, sin alcance práctico ninguno, la no mención en esa escritura (1183), del lote número 13, parte integrante del globo de terreno que el doctor Kiuhan transfirió a Laboratorios Kiuhan S. A.".

Demanda de casación.—El recurrente, con base en la causal primera del artículo 520 del código judicial, hace tres cargos a la sentencia:

I.—Error de hecho al interpretar la escritura número 1183, de la Notaría 2ª de Barranquilla y de varios elementos probatorios que obran en los autos.

II.—Falta de apreciación de la escritura Nº 2638 de 1949, de la Notaría 1ª de Barranquilla y deficiente apreciación de la escritura Nº 89 de 1934, de la Notaría 2ª de la misma ciudad.

III.—Falta de aplicación de algunas disposiciones legales y violación de otras, pues cuando los Laboratorios Kiuhan vendieron a la Fábrica de Tejidos Costeños la casa de que se trata, hicieron una venta de cosa ajena, reglamentada por el artículo 1871 del código civil. El vendedor no transmitió derecho alguno y "el comprador no se hizo dueño de la casa vendida". Este es, por tanto, solamente un acreedor respecto de aquél para exigirle prestaciones de carácter personal.

Desde luego, en cada cargo especifica el recurrente las disposiciones legales que considera violadas. Debe, pues, estudiar la Corte cada uno de estos cargos y a ello se procede en seguida:

PRIMER CARGO.—Error de hecho al interpretar la escritura número 1183, de la Notaría 2ª de Barranquilla, y de varios elementos probatorios que obran en los autos. Como consecuencia violó los artículos 1759, 1602, 1502, 1884, 946, 950, 952 del código civil y aplicó indebidamente el 1622 del mismo código.

En efecto, arguye el recurrente, los Laboratorios Kiuhan le vendieron a la Fábrica de Tejidos Costeños "un lote de terreno situado en jurisdicción de este municipio (Barranquilla), a que hace referencia el plano de la Urbanización 'El Carmen', que tiene una superficie de 4.400 metros cuadrados y que corresponde a los lotes marcados en el plano de dicha Urbanización con los números nueve, diez, once, doce, catorce, diez y seis, diez y siete y diez y nueve". Se determinó

claramente, pues, la cosa vendida respecto del suelo, a la vez que se hicieron estipulaciones referentes a mejoras, construcciones y dependencias y al predio "se les señalaron en conjunto los linderos y medidas que aparecen con diáfana claridad en la misma escritura". Pero "se excluyó el lote número trece", en forma clara y terminante, sin ambigüedades, no obstante lo cual sustituyó el Tribunal la voluntad de los contratantes, desatendiendo "el sentido transparente" de las cláusulas de la escritura, so pretexto de interpretarla.

Después de citar algunas doctrinas de la Corte sobre interpretación de los contratos y pasajes de algunos comentadores, concluye que del contrato de venta quedó excluído, 'por deliberado propósito de las partes, el lote número trece, materia de la controversia', de suerte que la Fábrica de Tejidos Costeños 'adquirió título de dominio solamente sobre los ocho lotes o predios antes anotados, quedando, por lo mismo, en el patrimonio de la entidad enajenante, o sea, de Labortarios Kiuhan S. A., el lote número trece en cuestión.'

Pero, además, el Tribunal apreció indebidamente las escrituras números 894 de 1932, 89 de 1934 y 1183 de 1949, de la Notaría 2ª de Barranquilla, además de la inspección ocular practicada por el juez de primera instancia.

En aquellas escritura "consta que la trasferencia de los citados lotes se hizo de manera minuciosa y completa, singularizándolos uno por uno, lo que quiere decir que si en la escritura número 1183 de 1949 quedó excluído el lote número trece, ello ocurrió, no por 'una simple omisión sin alcance práctico alguno', como sostiene el Tribunal, sino por la deliberada intención de las partes".

Y en la inspección ocular se hizo constar que en la escritura 1183 no aparece vendido el solar número trece, que sí aparece como aportado por el doctor Teófilo Kiuhan a los Laboratorios Kiuhan en la escritura de constitución de la sociedad, que es la número 89, de 31 de enero de 1934.

Se considera:

Para estudiar el cargo parece lo más oportuno averiguar que fue lo que la señorita Aminta R. Samudio le vendió al doctor Teófilo Kiuhan, lo que el doctor Teófilo Kiuhan le traspasó a los Laboratorios Kiuhan y, en fin, lo que los Laboratorios Kiuhan le vendieron, a su vez, a la Fábrica de Tejidos Costeños.

Por escritura Nº 894, de 13 de agosto de 1932, de la Notaría 2ª de Barranquilla, Aminta R. Samudio le vendió al doctor Teófilo Kiuhan lo siguiente:

"Un pedazo de terreno a que hace referencia el plano de Urbanización 'El Carmen', en jurisdicción de este Municipio, que tiene una superficie de cuatro mil cuatrocientos (4.400) metros cuadrados, pedazo de terreno que comprende los lotes números nueve (9), diez (10), once (11) doce (12), trece (13), catorce (14), diez y seis (16), diez y siete (17) y diez y nueve (19) de dicha Urbanización y que se distingue en conjunto por las medidas y linderos siguientes: por el norte, sesenta y dos metros y linda con el lote Nº ocho (8) vendido a Manuel Villodres y con el lote número siete (7) de la Urbanización; por el sur, cincuenta y nueve metros y linda con el camino de Juan Mina, carrera segunda de por medio; por el este sesenta y seis metros y linda con la carretera nacional que va a Galapa; y por el oeste, da ochenta y un metros cincuenta centímetros y linda con la calle primera" (f. 53 del c. 1).

Por escritura número 89, de 31 de enero de 1934, se constituyó la sociedad anónima denominada Laboratorios Kiuhan, en la cual suscribió el doctor Teófilo Kiuhan 68.533 acciones, y para cubrirlas en parte aportó el inmueble de que se viene hablando, tasado en dos mil pesos, así: **"Un pedazo de terreno a que hace referencia el plano de la Urbanización El Carmen, en jurisdicción de este municipio, que tiene una superficie de cuatro mil cuatrocientos metros cuadrados, pedazo de terreno que comprende los lotes números nueve, diez once, doce, trece, catorce, diez y seis; diez y siete y diez y nueve de dicha Urbanización y que se distingue en conjunto por las medidas y linderos siguientes: por el norte, sesenta y dos metros, y linda con el lote número ocho vendido a Manuel Villodres y con el lote número siete de la Urbanización; por el sur, cincuenta y nueve metros, y linda con el camino de Juan Mina, carrera segunda en medio; por el este, sesenta y seis metros, y linda con la carretera nacional que va a Galapa; y por el oeste, ochenta y un metros cincuenta centímetros y linda con la calle primera"** (ff 11 del c. 1º y 1 del c. 2).

Y por escritura número 1183, de 30 de abril de 1949, de la misma Notaría 2ª de Barranquilla, los Laboratorios Kiuhan S. A. le vendieron a la Fábrica de Tejidos Costeños Limitada "el siguien-

te inmueble con todas las construcciones que en él existen, a saber:

"Un lote de terreno situado en jurisdicción de este municipio, a que hace referencia el plano de la Urbanización "El Carmen", que tiene una superficie de cuatro mil cuatrocientos (4.400) metros cuadrados y que corresponde a los lotes marcados en el plano de dicha Urbanización con los números nueve (9), diez (10), once (11), doce (12), catorce (14), diez y seis (16), diez y siete (17) y diez y nueve (19) y que en conjunto tienen las siguientes medidas y linderos: por el norte mide setenta (sic) y dos metros y linda con el número ocho (8) que fue o es de Manuel Villalobos o sus herederos y con el número siete (7) de la Urbanización; por el sur, mide cincuenta y nueve metros, linda con el camino de Juan Mina carrera segunda en medio; por el este, sesenta y seis metros, con la carretera occidental que va de esta ciudad a Galapa; y por el oeste, ochenta y un metros, cincuenta centímetros, y linda con la calle primera de la Urbanización".

Añade la escritura que la venta comprende cuatro pabellones construídos en el lote, cuyas especificaciones se dan, un monumento alegórico de concreto, un pozo de agua potable, una cisterna para agua pluvial y una chimenea de ladrillo de trece metros de altura, y añade: "Que en esta venta quedan incluídas una casita de ladrillos y tejas, situada al suroeste del terreno y todas las demás mejoras, anexidades, dependencias y construcciones accesorias que hayan sido levantadas por Laboratorios Kiuhan S. A. y que existan en el terreno descrito, así como todas sus instalaciones para servicios de agua y luz" (fls. 8 y 9 del c. 1, 35 del c. 2 y 11 del c. 3).

Como se ve son exactamente iguales los linderos que dá la escritura número 1183, con los que expresa la escritura número 89 y con los que trae la escritura número 894. Y no solamente coinciden tales escrituras en los nombres o designación de los colindantes por los cuatro costados, sino en la extensión lineal de cada lado: 62 metros por el norte (salvo en la 1183, en que se dice 72 metros, lo que sería favorable a la parte demandada y no reforzaría la tesis de la parte actora), 59 metros por el sur, 63 metros por el oriente y 81,50 metros por el Occidente, y en los tres instrumentos se dá como superficie la de 4.400 metros. Luego es forzoso concluir que lo que le vendió la señorita Samudio al doctor Kiuhan, en 1932, lo que aportó éste a los Laboratorios Kiuhan en 1934 y lo que éstos le vendieron a la Fábrica de Tejidos Costeños, en 1949, fue el mismo bien, sin excluir ninguna parte, fracción o lote.

Resulta inadmisible pensar que un vendedor que quiere excluir un lote de la venta que hace de otros ocho dando la superficie del globo o predio total en metros cuadrados y dando los linderos por sus cuatro costados en metros lineales, se contente con omitir el número con que está señalado el lote que quiere excluir, sin dar más indicaciones de la exclusión. Y es inadmisible, porque la superficie y la extensión de cada lado tienen que cambiar al sustraer una parte del inmueble. Esto último se anota aún para el caso de que la superficie del inmueble en metros cuadrados esté errada, pues es la misma en las tres escrituras aludidas.

Porque no es exacto, como lo afirma el recurrente, que la transferencia de los lotes se hubiera hecho "de manera minuciosa o completa, singularizándolos uno por uno", según sus propias palabras, pues esa minuciosidad o singularización había podido hacerse dando los linderos y extensión de cada uno. Es más, así ha debido hacerlo el vendedor, dando los linderos y extensión del lote número 13, como es obvio suponerlo para el caso de que lo hubiera excluído de la venta.

Como dice el opositor, que se enumeren ocho lotes o más en nada puede afectar la solución que el fallo dá al litigio, "puesto que el cuerpo cierto materia de la transacción continúa siendo el mismo, salvo que hubiera dudas —que en este caso no existen ni se han sugerido siquiera— respecto de la exactitud del alindamiento".

Así las cosas, no aparece que el Tribunal hubiera incurrido en error de hecho manifiesto al interpretar los contratos contenidos en las escrituras 1183, 89 y 894 de que se ha venido hablando.

Agrega el recurrente que el Tribunal desechó la prueba de inspección ocular practicada en la Notaría 2ª de Barranquilla, en la cual se hizo constar que en la escritura número 1183 "no aparece vendido por los Laboratorios Kiuhan S. A. a la Fábrica de Tejidos Costeños Limitada el solar número 13 de la Urbanización "El Carmen", solar que sí aparece como aportado por el doctor Teófilo Kiuhan a la sociedad Laboratorios Kiuhan S. A. en la escritura de constitución, distinguida con el número 89". No obstante lo cual desechó el Tribunal esta prueba, que tiene la eficacia que le reconoce el artículo 730 del código judicial y quebrantando las disposiciones sustantivas que cita.

Se anota que el Tribunal no ha afirmado

que el lote número 13 esté señalado en la escritura 1183 y que, precisamente, en ello estriba la dificultad que lo obligó a interpretar el contrato para decir que la omisión del número del lote, que fue lo que verificaron los peritos, no significaba que se hubiera excluído el lote mismo porque "lo que individualiza y determina un inmueble son sus linderos" y porque siendo los mismos en la transferencia de la señorita Samudio al doctor Kiuhan de éste a los Laboratorios del mismo apellido y de éstos a la Fábrica de Tejidos, la omisión del número del lote no tiene alcance práctico, en otras palabras, "en todos estos casos una misma identidad corpórea fue la que se tuvo en mente de traspasar", como dice el Tribunal.

Todo ello tiene fundamento en los preceptos del código sobre la compraventa. "Cuando se vende un inmueble designando claramente sus linderos, la venta debe entenderse que se hizo como de especie o cuerpo cierto y el vendedor queda obligado a entregar al comprador, sin alteración del precio, todo lo comprendido en los linderos, sea cual fuere su cabida" (art. 1889 del c. c.). Así lo ha expresado la Corte en algunos fallos.

En consecuencia, se desecha el cargo.

SEGUNDO CARGO.—"La sentencia acusada —dice el recurrente— incurrió en error de hecho manifiesto consistente en la falta de apreciación de la escritura pública número 2638 de 1949, de la Notaría 1ª de Barranquilla, y en deficiente apreciación de la escritura número 89 de 1934, otorgada en la Notaría 2ª de la misma ciudad. Como resultado de este error de hecho el Tribunal de Barranquilla violó por falta de aplicación, los artículos 1062, 745, 752, 756, 946, 950 y 952 del código civil, y, por indebida aplicación, los artículos 1886 y 658 de la misma obra".

La escritura número 2638 dá cuenta de que en la citada Notaría se protocolizaron las declaraciones de Federico Prieto, Julio Pretelt, Miguel Durán y Gerardo Pérez, sobre construcción de la casa del doctor Teófilo Kiuhan, hecha a fines de julio de 1933, y está compuesta de dos salas, cuatro dormitorios, un comedor, una cocina, servicio sanitario y poza séptica.

Según prueba pericial, dicha casa está separada de las construcciones y pabellones de la Fábrica de Tejidos Costeños por una muralla de cuatro metros de altura, lo que indica que es un cuerpo cierto distinto de las instalaciones del expresado establecimiento, y las dos edificaciones fueron hechas para finalidades distintas. Siendo así, el traspaso o enajenación de dicha especie o cuerpo cierto tenía que ser objeto de una especial y concreta declaración de voluntad, como a través de las transferencias lo fueron los otros edificios, dependencias y construcciones. La casa no se cosa accesoria que siga la suerte de la principal ni la enajenación está sujeta al precepto del artículo 1886 del código civil, que sólo se aplica a los muebles por naturaleza.

La escritura número 89 da cuenta de la constitución de la sociedad denominada Laboratorios Kiuhan S. A. y hace una detallada relación de los bienes raíces, construcciones, muebles, enseres y materias primas aportados, entre los cuales no se halla la casa del doctor Kiuhan. Dentro del espíritu de apreciación que presidió la formalización del convenio, sólo es explicable la omisión de la casa como el voluntario propósito de excluírla del aporte. Por tanto, el doctor Kiuhan no se desprendió del dominio ni lo adquirieron los Laboratorios y al absolver el Tribunal a la parte demandada de los cargos formulados en las peticiones segunda y tercera, incurriendo en tales errores en la apreciación de la prueba, violó los artículos 669, 742, 765, 785, 1958, 1857 y 2577 del código civil, fuéra de los arriba apuntados.

Se considera:

No omitió el Tribunal el estudio de lo relacionado con la casa que edificó el doctor Teófilo Kiuhan, pues expresa que cuando éste transfirió a los Laboratorios del mismo nombre "el inmueble que adquirió por compra a Aminta R. Samudio, ya había construído la casita cuya restitución solicita; y como él era el dueño del terreno, por accesión adquirió esa construcción, sin que tuviera necesidad de hacer la protocolización de las declaraciones sobre edificación que efectuó cuatro meses después de verificada la venta de Laboratorios Kiuhan S. A. a la sociedad demandada. La accesión —prosigue— es un modo originario de adquisición del dominio lo mismo que la ocupación. Por el hecho de la accesión el dueño del terreno pasa a serlo de la edificación que en él se levanta".

El argumento de derecho del Tribunal está fundado en la constante doctrina de la Corte sobre el fenómeno de la accesión (artículos 738 y siguientes del código civil), pues la tradicional de esta Corporación ha sido la de sostener que "el dueño del inmueble pasa a serlo de lo que por accesión se junta a dicho inmueble, sin necesidad de escritura pública registrada, ya provenga la accesión de la naturaleza, de obra del mis-

mo dueño o de obra de un tercero. El dueño incorpora en su patrimonio lo que por accesión se agrega al bien de que ya es dueño, y este resultado se obtiene sin que para ello se realice y se cumpla tradición alguna". (Cas. de 26 de octubre de 1909, G. J. tomo XXV, página 291). Numerosos son los fallos de la Corte sobre el punto.

En cuanto a la argumentación de hecho se anota, en primer lugar, que habiendo aportado el doctor Kiuhan a los Laboratorios, por la escritura número 89, el terreno adquirido por escritura número 894, con la misma superficie de 4.400 metros cuadrados, con los mismos linderos en la misma extensión e incluyendo, ahora sí, el lote número 13 (f. 2 del c. 2º), no es posible dudar de que no excluyó la casa construída dentro del predio y más concretamente, dentro del citado lote número 13.

Y se observa, en segundo lugar, que admitiendo lo que el recurrente arguye, esto es, que si de modo tan determinado se especificó lo que se aportó a la mentada sociedad, si hubiera habido el deliberado propósito de excluir del aporte la casa susodicha, se hubiera expresado en forma más precisa o concreta dicha exclusión, dado que la casa está construída dentro de los linderos generales del globo de terreno.

Y la tercera, referente a la prueba pericial, si bien es cierto que un perito afirma que la Fábrica y la casa están separadas, tienen finalidades distintas, son independientes y no han podido ser anexos ni conexos (fls. 41), otros dos afirman que no es posible la perfecta identificación del lote número 13; que puede asegurarse que la casa del doctor Kiuhan se edificó "sobre parte" de dicho lote; y que a la Fábrica y a la casa "no las separa propiamente una pared medianera, ya que dicha función la cumplen los muros de los pabellones de la Fábrica y antes puede adivinarse un deseo de anexar dicha casita a la Fábrica" (fls. 45 v. y 67 del c. 2º).

En consecuencia se desecha el cargo.

Tercer cargo. — El Tribunal dejó de aplicar —dice el recurrente— los artículos 1871, 752, 756, 785, 946, 950 y 952 del código civil, al concluir que el contrato de compraventa celebrado por los Laboratorios Kiuhan con la Fábrica de Tejidos Costeños (escritura 1183 de 1949) le era oponible al demandante Teófilo Kiuhan, supuesto que aquéllos no habían adquirido la casa de éste. Además, aceptó el Tribunal que la tradición del dominio puede efectuarse sin la inscripción en el registro y sin las formalidades de la escritura pública.

Del proceso se desprende que el doctor Kiuhan traspasó a los Laboratorios los edificios, dependencias y el predio en que estaban construídos, pero no la casa edificada sobre el lote número 13, que quedó siendo de propiedad del enajenante. Si los Laboratorios, quince años más tarde, vendieron a la Fábrica de Tejidos la casa en mención, vendieron cosa ajena. Como los Laboratorios no eran dueños del inmueble, no estaban en capacidad de transmitir el derecho de dominio y, por tanto, el comprador no se hizo dueño de la casa vendida, según el artículo 752 del código civil.

Se considera:

La afirmación de que la tradición del dominio sobre inmuebles puede hacerse sin escritura pública y sin registro, se refiere, indudablemente, a la que el Tribunal hace sobre las declaraciones de testigos respecto de la construcción de la casa, cuando dice que, como el doctor Kiuhan era dueño del terreno, había adquirido el dominio de la construcción "sin que tuviera necesidad de hacer la protocolización de las declaraciones sobre edificación". Ya se ha dicho sobre el particular lo pertinente, en el aparte anterior.

En cuanto a lo que el recurrente alega sobre venta de cosa ajena cabe anotar que, si bien el doctor Kiuhan pide que se declare que él, "personalmente, es el legítimo dueño y propietario y tiene el exclusivo dominio sobre una casa de material... construída... con sus propios recursos en el solar mencionado anteriormente, el número 13 de la Urbanización 'El Carmen' ", tal declaración no puede hacerse, porque según los preceptos del código civil en la venta de un inmueble se comprenden naturalmente todas las cosas en él comprendidas mientras no hayan sido objeto de exclusión. Ya se vio que no hay prueba de que el actor Kiuhan hubiera excluído del aporte a los Laboratorios del mismo nombre la casa de que se trata.

Y en cuanto a la Compañía de Tejidos Costeños, es bueno anotar que en la escritura de adquisición, o sea la Nº 1183 de 1949, no sólo expresan los representantes de los Laboratorios Kiuhan que venden el inmueble "con todas las construcciones que en él existen", sino también y de manera expresa añaden al final la cláusula antes transcrita:

"Que en ésta quedan incluídas también una ca-

sita de ladrillos y tejas, situada al suroeste del terreno, y todas las demás mejoras, anexidades, dependencias y construcciones accesorias que hayan sido levantadas por Laboratorios Kiuhan S. A. y que existan en el terreno descrito, así como todas sus instalaciones para servicios de agua y luz".

Sobre la aludida cláusula dice el Tribunal que, de acuerdo con ella, la casa o construcción "fue objeto de especial mención en la escritura de venta"; "que el instrumento público hace plena prueba acerca de su contenido, mientras no se acredite que es falso"; que la parte actora insinuó la falsedad, pero que judicialmente no pidió pronunciamiento al respecto ni menos probó dicha falsedad; y que, por el contrario, en el expediente figura la declaración del Notario que suscribió la escritura, por la cual reafirma la total autenticidad del mentado instrumento.

Esta cláusula no fue objeto de ataque en casación y por tanto, subsiste en toda su integridad.

En consecuencia de lo dicho, se desecha el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el proceso al Tribunal de su origen.

Agustín Gómez Prada — Ignacio Gómez Posse. Luis Felipe Latorre U. — Alberto Zuleta Angel. Ernesto Melendro Lugo, Srio.

ACCION DE FILIACION NATURAL. — RELACIONES SEXUALES ESTABLES Y NOTORIAS

1. — Si los hechos de la demanda inicial, como en el presente caso sucede, no contemplan todos los elementos integrantes del motivo adecuado para la declaración de paternidad natural por la justicia, y así allí encuentra su apoyo la sentencia recurrida, ninguna alegación atinente al análisis de pruebas sería capaz de llenar aquel vacío fundamental que, en definitiva, conduce al fallo absolutorio.

2.—El artículo 1º del Decreto 243 de 1951 no se refiere a los medios de prueba y su valoración legal, sino sólo a la oportunidad de recibir a pruebas el pleito en la segunda instancia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre diez de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

Ana Rosa Pérez R., en representación de sus menores hijos Fabiola y Fernando Pérez, demandó el reconocimiento por la justicia del estado civil de hijos naturales, con sus consecuencias hereditarias, respecto de Julián Sardi García, fallecido el 24 de abril de 1952. Señaló como demandados a Julián y Alejandro Sardi García Arana, bajo la representación legal de su madre legítima y cónyuge sobreviviente Aida Arana de Sardi.

Los hechos de la demanda se expusieron así:

"**Primero.**—Desde el año de 1943, mi mandante, la señora Ana Rosa Pérez R., sostuvo relaciones carnales con el señor Julián Sardi García, en forma permanente, y de tales relaciones carnales nacieron los siguientes hijos: Fabiola Pérez, que nació el 30 de julio de 1948 en la ciudad de Palmira, Municipio del mismo nombre; y Fernando Pérez, que nació el 26 de marzo de 1951 en la Clínica de Maternidad de la ciudad de Cali.

"**Segundo.**—La señora Ana Rosa Pérez R. no tuvo relaciones carnales con otra persona, más que con Julián Sardi García y, en consecuencia, los mencionados menores Fabiola y Fernando Pérez tienen el carácter de hijos naturales del señor Julián Sardi García, quien falleció en la ciudad de Cali el 24 de abril de 1952, sin haber otorgado testamento.

"**Tercero.**—Al morir el señor Julián Sardi García, dejó cónyuge sobreviviente, o sea la señora Aída Arana v. de Sardi, y como hijos legítimos a los menores Julián Sardi Arana, nacido en Cali el 29 de noviembre de 1944, Alejandro Sardi Arana, nacido el 7 de junio de 1950 en la ciudad de Cali. Son pues, los representantes del causante señor Julián Sardi García, su cónyuge sobreviviente, señora Aída Arana v. de Sardi, y sus hijos legítimos, menores, Julián y Alejandro Sardi Arana, representados por su madre ya citada.

"**Cuarto.**—Como el señor Julián Sardi García no reconoció a sus hijos naturales Fabiola Pérez y Fernando Pérez, indicados en el hecho primero, habidos en las relaciones carnales con su madre natural, Sra. Ana Rosa Pérez R., ni por testamento, ni por escritura pública, es necesario recurrir al juicio ordinario de filiación natural para obtener, en favor de los menores, Fabiola y Fernando Pérez, el carácter de hijos naturales del señor Julián Sardi García, ya fallecido, pero representado por su cónyuge sobreviviente, señora Aída Arana v. de Sardi y por sus menores hijos legítimos Alejandro y Julián Sardi Arana, representados por su madre legítima".

Por sentencia del 23 de abril de 1954, el Juez del conocimiento, 3º Civil del Circuito de Cali, negó, por falta de prueba, las súplicas de la demanda; y el fallo absolutorio fue confirmado por el Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial con fecha 18 de febrero de 1955.

Corresponde ahora a la Corte decidir sobre el recurso de casación interpuesto por la parte demandante.

Se invoca la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, "por falta de apreciación de determinadas pruebas, por error evidente de hecho, que produjo la violación directa del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 y de los artículos 401, 403,

404 del Código Civil y artículos 3º, 18, 19, 23 de la Ley 45 de 1936", dice el recurrente.

Después de aludir a que se halla establecido que Ana Rosa Pérez R. "ha sido persona honorable, honesta socialmente, que ha nacido y se ha desarrollado en un hogar donde ha recibido ejemplos de mucha moralidad", se refiere la demanda de casación a que la misma Ana Rosa Pérez tuvo relaciones estables y notorias con Julián Sardi García, desde el año de 1943 en que fue llevada a los "Campos Elíseos" "para iniciar —dice— la tarea amorosa con el señor Sardi".

Toma las declaraciones aportadas al debate, y deduce que vieron viajar a Ana Rosa con Sardi García en el automóvil de este último, que el pretendido padre le suministraba dinero a la madre, y que en cuanto a la conducta de la mujer, los declarantes hacen "alarde de su honesta vida, de su severa manera de portarse en sociedad, del hogar discreto, pobre, pero de respetable calidad, al cual pertenecía doña Ana Rosa".

"Ello nos lleva, a la vez —dice la demanda— a entender que las relaciones entre la Pérez y Sardi eran estables, permanentes, notorias. Porque los declarantes al señalar la conducta de Ana Rosa Pérez, advirtieron que no le conocieron amores con ningún otro hombre, llevan a la conclusión de que sabían, conocían, que eran estables las relaciones entre Ana Rosa Pérez y Julián Sardi García, como se desprende de todas las declaraciones llevadas al proceso".

Insiste en la vida honesta de Ana Rosa Pérez, cuando alude a las posiciones por ella absueltas dentro del juicio y en cuanto ella misma afirma que sus relaciones con Sardi "fueron siempre de la mayor discreción, pero estables". Y agrega: "En cuanto a su notoriedad, pues es elemental que ellas tuvieran un radio de publicidad entre las personas cercanas. La prueba de ello es que hablan de tales amores; que afirman que sólo Sardi tuvo amores con la Pérez; que dan detalles del dinero que recibían; de los viajes que efectuaban en el automóvil de Sardi; del nacimiento de los hijos, etc.".

Se detiene el recurrente a comentar la copia del auto de sobreseimiento definitivo a favor de Sardi García (cuaderno número 3), en investigación adelantada por denuncia del padre de Ana Rosa contra el mismo Sardi García por violencia carnal o estupro en la persona de la dicha Ana Rosa Pérez. Dice que en esa pieza se analizan varias declaraciones "que llevan a la conclusión de que Sardi García enamoraba desde hacía varios años a la Pérez, visitándola en el taller de modistería donde ella trabajaba. De donde la recogió, precisamente, para conducirla a los 'Campos Elíseos', según otros testimonios, e iniciar el juego amoroso". Y continúa: "Sé el valor que se le pueden dar a estos testimonios, de las compañeras de trabajo de Ana Rosa Pérez, tan sucintamente comentados en dicha sentencia, y sin haber sido solicitadas sus copias. Pero no podemos menos que llamar la atención sobre ellos". Menciona que el Fiscal, cuando conceptuó en ese entonces, no descartaba la posibilidad de que Sardi García hiciera uso carnal de Ana Rosa Pérez, y de todo ello deduce que entre los dos existieron relaciones sexuales notorias y estables, con la circunstancia —observa— de que la parte opositora no ha pretendido en ningún momento "desbaratar el hecho del nacimiento de los hijos de Ana Rosa Pérez y Julián Sardi García, dentro del tiempo señalado por el artículo 4º de la Ley 45 de 1936".

Por último, el recurrente se refiere a que la prueba de la filiación se debilitó por al negativa del Tribunal de Cali a practicar una inspección ocular de acuerdo con el artículo 1º del Decreto 243 de 1951, sobre el mencionado sumario que por estupro se adelantara contra Sardi García. Estima que el Decreto, por referirse a pruebas, es de carácter sustantivo. Y añade:

"Además, el hecho de que dichas pruebas, solicitadas en la inspección ocular, no se hubieran producido, incide directamente sobre el fallo. Por que al no apreciar tales pruebas, pedidas para que se practicaran dentro de dicha inspección, y de conformidad con el numeral 4º del artículo 1º del Decreto 243, se afectaron las disposiciones sustantivas, tales como el artículo 4º de la Ley 45 de 1936 y las disposiciones pertinentes, que como corolario, se desprenden en favor de Ana Rosa Pérez y sus menores hijos. Era una prueba pertinente, pues se encaminaba a demostrar los actos carnales entre Julián Sardi García y Ana Rosa Pérez; que, además, por el lugar donde se realizaron, eran públicos y notorios. Esa violación es más acentuada si pensamos que a los Magistrados del Tribunal se les ocurrió confundir el artículo 362 del Código Judicial, con el numeral 4º del Decreto 243 de 1951 y aplicar aquél en vez del que se invocó por el actor...".

Termina el cargo así:

"El hecho de no haberse permitido tal inspección ocular, que como es natural, se refiere estrechamente a este juicio ordinario, produjo el que se violasen todas esas disposiciones sustanti-

vas a que hemos hecho referencia al acusar la presente sentencia".

En su réplica, la parte opositora hace el análisis de las pruebas aportadas al juicio, examina el contenido de la demanda inicial y encuentra que el planteamiento no está de acuerdo con lo previsto por la ley para declarar la paternidad natural por ministerio de la justicia, en el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables, puesto que si tales relaciones se han invocado como estables, la parte demandante admite que no fueron notorias. Rechaza lo alegado acerca de la inspección ocular "sobre un proceso en que se sobreseyó definitivamente a favor del señor Julián Sardi García", presenta varias consideraciones al respecto, y concluye en el sentido de pedir que se mantenga firme la sentencia acusada.

Los siguientes apartes se transcriben del fallo objeto del recurso:

"En el negocio civil de que se trata, la demandante sitúa la procedencia legal de la declaración de filiación natural de los menores **Fabiola** y **Fernando Pérez** como hijos de Julián Sardi García, en el parágrafo 4º del artículo 4º de la ley 45 de 1936 que dice: 'Hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural... en el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación y siempre que el hijo hubiere nacido después de 180 días contados desde que empezaron tales relaciones o dentro de los 300 días siguientes a aquel en que cesaron'.

"La demanda en referencia, buscando la aplicación de la disposición legal citada, aduce 'que desde el año de 1943 **Ana Rosa Pérez** sostuvo relaciones carnales con el señor Julián Sardi García en forma permanente y que de tales relaciones nacieron estos hijos: **Fabiola Pérez, nacida en** Palmira el 30 de julio de 1948, y **Fernando Pérez** nacido en Cali el 26 de marzo de 1951; que la misma Pérez Restrepo no tuvo relaciones carnales con persona distinta a Julián Sardi García y que en consecuencia los mentados menores Fabiola y Fernando Pérez tienen el carácter de hijos naturales de aquél, quien falleció en Cali, sin haber otorgado testamento, el 24 de abril de 1952.

"La simple comparación de esta fundamentación con la regla del ordinal 4º de la Ley 45 de 1936 (sic), destaca la deficiencia básica de la demanda. Esta regla envuelve un conjunto de elementos para viabilizar una acción de estado civil por relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre, que ni siquiera se alegan en la demanda. Además de que no se han probado los hechos alegados ni siquiera se han postulado los que sirvan para basar la respectiva petición.

"La demanda, tiene dicho con toda propiedad la Corte como más alto Tribunal, es la base obligada del juicio y de la sentencia, y la acción no puede ser contemplada sino teniendo en cuenta los hechos aducidos en el libelo, de tal manera que en el curso del debate no puede cambiarse la situación, ni el juzgador tomar en cuenta otros hechos de los que fueron propuestos en la demanda. Y es así que en el presente caso de lo afirmado por la demandante Pérez Restrepo, no procede ni puede proceder la aplicación del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, luego la acción cuenta con una inicial y fundamental inoperancia que la inhabilita para entrar al fondo de la cuestión del estado civil planteada por la actora antes nombrada".

Se considera:

Nítidamente aparece el soporte jurídico del fallo de segunda instancia, o sea, que en el libelo inicial del juicio no se invocaron siquiera los hechos que configuran la causal 4ª para que haya lugar a la declaración judicial de paternidad natural. Por eso el Tribunal confirmó la sentencia absolutoria proferida para terminar el primer grado del litigio.

El juicio del sentenciador a ese respecto no ha sido atacado en casación. En forma colateral se invoca error evidente de hecho en la apreciación de pruebas, y el recurrente analiza y valora según su criterio los testimonios aducidos y otros elementos que llegaron al debate. Pero admite, en referencia a las posiciones absueltas por Ana Rosa Pérez, que las alegadas relaciones sexuales entre ella y Julián Sardi García "fueron siempre de la mayor discreción, pero estables". Esto es el reconocimiento expreso de que no fueron notorias; y la notoriedad se exige de manera ineludible por la ley como una de las condiciones que deben reunirse necesariamente para la prosperidad de la acción con base en la causal 4ª, artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

Si los hechos de la demanda inicial, como en el presente caso sucede, no contemplan todos los elementos integrantes del motivo adecuado para la declaración de paternidad natural por la justicia, y si allí encuentra su apoyo la sentencia recurrida, ninguna alegación atinente al análisis

de pruebas sería capaz de llenar aquel vacío fundamental que, en definitiva, conduce al fallo absolutorio. No hay en casos tales la legitimación en causa, y la demanda debe ser desestimada.

Como ésta es la base que en derecho presenta la resolución del sentenciador y no se ha ensayado por el recurrente ningún cargo que pudiera desvirtuarla, queda en claro que la acusación en los términos expuestos en la demanda no puede prosperar.

Cuanto a lo relacionado con la práctica de inspección ocular sobre el proceso fenecido por sobreseimiento definitivo a favor de Sardi García, cabe anotar que el artículo 1º del Decreto 243 de 1951 no se refiere a los medios de prueba y su valoración legal, sino sólo a la oportunidad de recibir a pruebas el pleito en la segunda instancia. Si el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en providencia de 2 de septiembre de 1954 dictada para decidir sobre recurso de súplica, resolvió no decretar aquella inspección ocular, es inadmisible revisar ahora lo que entonces quedó dicho en auto ejecutoriado, supuesto que habría de tratarse de errores **in procedendo**, que no inciden en casación a través de la causal 1ª invocada por el recurrente, la que atañe a errores **in iudicando.**

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali proferida el 18 de febrero del año en curso.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Manuel Barrera Parra — José J. Gómez R. José Hernández Arbeláez — Julio Pardo Dávila. Ernesto Melendro Lugo, Srio.

SIMULACION Y NULIDAD DE UN CONTRATO. — DIFERENCIAS ENTRE LAS DOS ACCIONES

Es ya doctrina consagrada por la Corte la de que la nulidad absoluta y la simulación son fenómenos diferentes: la primera contempla un contrato existente pero viciado; la segunda, inexistencia de un contrato aparente; como son distintos los conceptos, principios o textos jurídicos que configuran esos fenómenos: el de nulidad respaldado en los artículos 1740 y siguientes del Código Civil, en que se apoya la demanda inicial de este juicio; el de simulación en el artículo 1766 ibidem, que para nada invoca el demandante; y como son diferentes las consecuencias de uno y otro fenómeno: el de nulidad dá acción contra terceros; el de simulación no. Sobre estas diferencias y otras secundarias o colaterales, ver fallos de casación civil de 1º de abril de 1954 (G. J. número 2140, pág. 352), y de 3 de junio de 1954 (G. J. número 2142, pág. 787).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre diez de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U.)

Procede la Corte a considerar y decidir el recurso de casación interpuesto contra la sentencia absolutoria pronunciada el 26 de enero último por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio ordinario seguido por Leticia Novoa de Fernández contra Rúgero Novoa Meza y Filiberto Novoa Meza.

El litigio, que fue iniciado ante el Juez del circuito de El Carmen se endereza a obtener que se disponga lo siguiente:

"Declarar que es absolutamente nulo y simulado el contrato recogido en la escritura pública número 67 de fecha 12 de junio de 1942, otorgada en la Notaría Unica de esta ciudad y en virtud de la cual Rúgero Novoa Meza vendió a Filiberto Novoa Meza el inmueble que en dicho instrumento se describe y alindera. 2º Ordenar, en consecuencia, la cancelación tanto de la mencionada escritura pública como del registro correspondiente para lo cual se oficiará a los funcionarios respectivos. 3º Declarar, igualmente, y como consecuencia de lo anterior, que el inmueble a que se ha hecho mención pertenece a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada entre Rúgero Novoa Meza y Dominga Torres. 4º Condenar en costas a los demandados, si se oponen a la demanda".

La demanda se apoyó en los artículos 2 de la ley 50 de 1936, 1740, 1936, 1741, 1746, ordinal 5º del 1781, 1820, 1849, 1880, 740 y concordantes del Código Civil, 734 y siguientes del Código Judicial; y como hechos se limitó a relacionar los del matrimonio de Rúgero Novoa con Dominga Torres, en 1915, nacimiento de la demandante, hija de ese matrimonio, en 1916, adquisición de la finca en 1919, fallecimiento de la señora Torres de Novoa, en 1923 (parece que fue en 1921, según la prueba supletoria), la venta impugnada de nulidad, contenida en la escritura de 1942, el beneficio en que continuó el vendedor, y otros indicativos de simulación de dicha venta (en concepto de la demandante).

Para mayor comprensión del caso de que se trata conviene relacionar en síntesis cronológica el movimiento de la propiedad del inmueble a que se refiere el juicio, que es un predio denominado "Las Piedras", ubicado en el Municipio de El Carmen de Bolívar, y el movimiento del estado civil de varias personas, estado que puede influir en la solución del problema jurídico planteado.

1915.—Contraen matrimonio Rúgero Novoa M. y Dominga Torres;

1916.—Nace de ese matrimonio Leticia Novoa (demandante);

1919.—Por escritura 168 de 25 de junio, Rúgero compró a Gregorio Castillo la finca en referencia;

1921.—Muere Dominga Torres de Novoa;

1922.—Por escritura número 228, Rúgero vende el inmueble a Liborio Pulgar;

1925 (7 de diciembre).—Rúgero se casa en segundas nupcias con Zoila Bustillo, de cuyo matrimonio nacieron tres hijos: Josefina, Lorenzo y Elena;

1926.—Por escritura 136 de junio de este año, Liborio Pulgar vendió a Rodolfo Romani el inmueble mencionado;

1934.—Romani vende la finca al prenombrado Rúgero (escritura 128);

1937 (17 de enero).—Muere Zoila Bustillo de Novoa;

1938.—Rúgero se casa en terceras nupcias con María Virginia Pérez;

1942.—Rúgero vende el inmueble a Filiberto;

1954 (19 de febrero).—Muere Rúgero Novoa.

Confróntense estos hechos, acreditados en el proceso, con los relacionados en la demanda, y se observará que ésta no versa sino sobre la invalidez de la venta que aparece en el instrumento de 1942, de Rúgero a Filiberto, sin otra vinculación que la tocante con lo sucedido en 1915, 1916, 1919 y 1921.

El Tribunal estimó que, contraída la acción a impugnar únicamente la venta que aparece celebrada en 1942, aun suponiendo inválido ese contrato, la declaración sobre el particular no aprovecharía a la sociedad Novoa-Torres, o, en otros términos, la demandante carece de interés jurídico en la acción intentada, y, consiguientemente, de personería sustantiva.

El recurso

Dos cargos se hacen contra la sentencia acusada:

El **primero** por violación directa de los artículos 595 del Código Judicial, 1033, 1008, 1019, 1155, 1240, 180, 1229, 1774, 1781 (Nº 5º), 1820 (ord. 2º), 740, 742, 752, 1871 del Código Civil, 9 de la Ley 57 de 1887 y 85 de la Ley 153 del mismo año.

El **segundo**, como violatoria, por aplicación indebida, de los artículos 329, 343, 593, 597, 598, 595, 601, 604, 606, 632 del Código Judicial, 180, 1155, 1008, 1774, 1781 (Nº 5º), 1820, 1832, 1033, 1019, 1240, 1299, 1836, 1871, 740, 742, 762, 950, 947 y 946 del Código Civil, 9º de la ley 57 de 1887 y 85 de la ley 153 del mismo año.

Con frecuencia los recurrentes en casación estiman que la prosperidad del recurso se asegura, o, al menos cuenta con muchas probabilidades de éxito cuanto mayor sea el número de disposiciones que se relacionen como violadas, sin cuidarse de otros factores de importancia decisiva, como son los de exponer y concretar con precisión el concepto, el sentido en que fue violado cada artículo, singularmente considerado, y no todos en globo o conjunto, como se presenta la acusación en el caso actual.

Así, el concepto fundamental en que se apoya la sentencia absolutoria de segunda instancia es el de que la actora carece de interés jurídico en la acción intentada, porque sin desconocer que los padres de aquélla se casaron en 1915, que entre ellos se formó sociedad conyugal, que el marido (padre de la actora) compró el inmueble en 1919, que en 1921 murió la mujer, que en 1942 el marido aparece vendiendo aquel bien a Filiberto Novoa, suponiendo que esa enajenación sea nula por simulación, al declararse la invalidez de tal contrato, eso no aprovecharía a la sociedad conyugal Novoa-Torres constituída en 1915 y disuelta en 1921, lo que es exacto, como se verá más adelante, a pesar de que el recurrente relaciona en el primer cargo 16 disposiciones quebrantadas, y 32 en el segundo, pero sin pormenorizar concretamente la violación sufrida por cada una de ellas, sino aludiendo apenas, y muy de paso, a la materia jurídica de que tratan algunas de aquellas disposiciones y a la afirmación de que el Tribunal las quebrantó.

Este defecto es intolerable en casación y bastaría para declarar infundado el recurso.

Pero hay más, desde el punto de vista considerativo de la acción intentada:

Es ya doctrina consagrada por la Corte la de que la nulidad absoluta y la simulación son fenómenos diferentes: la primera contempla un contrato existente pero viciado: la segunda, inexistencia de un contrato aparente: como son distintos los conceptos, principios o textos jurídicos que configuran esos fenómenos: el de nulidad respaldado en los artículos 1740 y siguientes del Código Civil, en que se apoya la demanda inicial de este juicio; el de simulación en el artículo 1766 **ibidem**, que para nada invoca el demandante; y como son diferentes las consecuencias de uno y otro fenómeno: el de nulidad dá acción contra terceros; el de simulación no. Sobre estas diferencias y otras secundarias o colaterales, puede verse el fallo de casación de 1º de abril de 1954 (GACETA JUDICIAL número 2140, página 352), que refrenda la doctrina sentada en sentencia de 17 de abril de 1951 (G. J. Tomo LXIX, página 536). Sobre la misma materia puede verse, en el sentido idéntico, la sentencia de Sala Plena Civil, de 8 de junio de 1954 (G. J. número 2142, pág. 787).

Pues bien, como nítidamente se ve en el texto de las peticiones contenidas en la demanda, la actora propone la acción de nulidad por simulación, o, si se quiere, involucra las dos acciones confundiéndolas, todo lo cual es inaceptable y

condenado al fracaso, porque aun suponiendo que en principio hubiera motivo para casar la sentencia recurrida, la que pronunciara la Corte en su reemplazo, necesariamente sería también absolutoria.

Pero aún haciendo al margen las precedentes observaciones generales y entrando a examinar el caso concreto del pleito, se tiene: el juicio no ha versado sino sobre la nulidad o simulación de la venta hecha por Rúgero Novoa a Filiberto en 1942. La demanda no menciona ninguno de los actos de transmisión del dominio anteriores a ese contrato, ni abrió debate sobre ellos; y resulta que desde 1922 Rúgero Novoa vendió el inmueble a Liborio Pulgar, ese vendedor se casó en 1925 con Zoila Bustillo; en 1926 Pulgar le vendió la finca a Romani y éste a Rúgero Novoa en 1934, es decir, dentro del matrimonio del comprador con la Bustillo, fallecida en 1937; de manera que al invalidar la venta de Rúgero a Filiberto en 1942, el bien entraría a la segunda sociedad conyugal, no a la primera; y en esa segunda sociedad no tiene interés la demandante Leticia, pero sí los hijos de Zoila Bustillo: Josefina, Lorenzo y Elena.

Es inadmisible el ataque que ahora se hace a la venta hecha a Pulgar en 1922 y a la compra en 1934, porque ninguno de estos contratos fue materia de impugnación en la demanda y ésta no es de reivindicación, sino de nulidad o de simulación del contrato de compraventa de 1942. Como no hay acción alguna enderezada contra la segunda sociedad conyugal, que, en cuanto a los intereses de la mujer estarían representados por sus hijos Josefina, Lorenzo y Elena, no se puede saltar sobre ellos para hacer, a sus espaldas, declaración en provecho de la primera sociedad, porque son terceros a quienes no perjudican las confesiones de simulación de los contratantes en 1942.

A este respecto alega el opositor:

"La demandante ha saltado pues una etapa, amplia en el tiempo y fértil en actos jurídicos intermedios, para buscar la reintegración del inmueble a la sociedad conyugal de sus padres. Lógicamente se pregunta uno cuál es la acción pertinente para el logro de ese propósito frente a una cadena de hechos jurídicos (matrimonios, sociedades conyugales y herencias) y de contratos interpuestos entre la fecha en que salió la finca de la primera sociedad conyugal por venta del marido supérstite en 1922 y la en que, tras de andar en cabeza de terceros, vuelve a otra sociedad conyugal del mismo Rúgero y sale de esta tercera sociedad a manos de un extraño veinte años después".

" ... ...

"Atacar de nulidad el último contrato de venta, el de 1942, traería el problema de dejar en pie los contratos de ventas e hipotecas anteriores, ya que la nulidad no obra retroactivamente; y no se ve motivo legal para destruir legalmente esos eslabones anteriores en el dominio que por segunda vez volvió a tener Rúgero Novoa después de andar por fuéra de su cabeza la titularidad. La nulidad del último contrato, el de 1942, no podría pues pasar por sobre y contra los actos jurídicos que le precedieron y se interponían firmes antes de llegar a la sociedad conyugal que tuvo Rúgero con Dominga en 1915 a 1921".

" ... ...

"En cambio, el actor pasó por alto la verdadera acción, la acción adecuada al derecho que sentía tener: la de reivindicación. Cuando por uno de los cónyuges se enajena un bien social durante el estado de indivisión del haber común, se produce el fenómeno de venta de cosa ajena, con las consecuencias legales que ello comporta. Entre otras, la de que los derechos del verdadero dueño, en este caso la sociedad conyugal Novoa-Torres, hayan podido extinguirse por prescripción, y la de que, si no se han extinguido, pueda aún reivindicar contra el actual poseedor".

" ... ...

"Es claro, siendo así, que el fenómeno de la inoponibilidad a que se refiere el recurrente para atacar el concepto del Tribunal de que han debido acusarse también los contratos interpuestos que allí cita, sólo se predica en la acción reivindicatoria, que no fue la ejercitada en este juicio, en el cual la pretensión es que el inmueble ha de reingresar a la primera sociedad conyugal Novoa-Torres por la simulación o nulidad de la última venta hecha por Rúgero a Filiberto Novoa. Pero ya se vio que, dadas las consecuencias de nulidad o de una simulación, ellas en nada aprovecharían a la referida sociedad conyugal, de donde resulta que la actora no tiene interés en su declaración, carece de personería sustantiva para pedirla. Todavía sería discutible ese interés si se hubieran acusado de nulos o por cualquiera otra causa los demás contratos a partir inclusive de la primera venta hecha por Rúgero Novoa en 1922, porque siendo ellos inoponibles al verdadero dueño, sociedad conyugal, no existe interés jurídico en su declaratoria de nulidad para el sólo efecto de restituir el bien indebidamente enajenado al patrimonio de esa so-

ciedad. Pero en todo caso, habiéndose adoptado la vía de la simulación-nulidad, ese interés jurídico carece de existencia si no se acusan todos los contratos intermedios, como ocurre aquí".

En resumen, aquí lo único que ha sido materia de debate es el contrato de 1942, ninguno de los otros está trabado en la litis.

Todo lo anterior, que es claro e irrefutable, lleva a la conclusión de que el fallo absolutorio pronunciado por el Tribunal, está justificado y que no puede infirmarse porque los cargos contra él carecen de fundamento.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida y condena en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase en oportunidad al Tribunal de origen.

Luis Felipe Latorre U. — Agustín Gómez Prada — Ignacio Gómez Posse — Alberto Zuleta Angel — Ernesto Melendro Lugo, Srio.



PRUEBA DE LA FILIACION LEGITIMA. — ACCIONES DE IMPUGNACION DE LA FILIACION LEGITIMA. — ADMISIBILIDAD DE LAS PRUEBAS SUPLETORIAS DEL ESTADO CIVIL EN CASO DE FALTAR LAS PRINCIPALES. — COPIAS DE COPIAS DE ACTAS DEL REGISTRO DEL ESTADO CIVIL. — LA ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA EN EL APODERADO DE UNA DE LAS PARTES ES ERROR "IN PROCEDENDO", NO "IN IUDICANDO", SOLO ALEGABLE EN CASACION POR LA PARTE INDEBIDAMENTE REPRESENTADA. — EN LA ACCION DE PETICION DE HERENCIA LA LEY QUE SEÑALA LA VOCACION HEREDITARIA DETERMINA LOS DERECHOS DE LOS SUCESORES ENFRENTADOS E INDICA LA CUOTA DE LO QUE DEBE RESTITUIR EL DEMANDADO, EN CADA CASO. — EL QUEBRANTAMIENTO DE LA LEY DENUNCIADO EN CASACION DEBE GUARDAR RELACION DE CAUSALIDAD CON LA DECISION CONTENIDA EN LA SENTENCIA ACUSADA

1.—Quien invoca su condición de hijo legítimo para reclamar algún derecho anexo a ese estado civil afirma implícitamente estos hechos: a) que ha sido dado a luz por determinada mujer, o sea, la relación maternofilial; b) que su madre se hallaba casada; c) que su concepción ocurrió dentro del matrimonio; d) que fue engendrado por el marido de su madre, o sea, la relación paternofilial. Estos cuatro hechos constituyen jurídicamente la filiación legítima. Para que exista el correspondiente estado civil, todos ellos deben estar perfectamente comprobados. El hecho de la maternidad se puede establecer con prueba directa y positiva. El parto y la identidad de la criatura, fruto del alumbramiento, pueden acreditarse con declaraciones de testigos que hayan presenciado el nacimiento y conocido al hijo desde pequeño. Para la demostración de la maternidad se emplea normalmente la respectiva partida del registro del estado civil sobre el nacimiento, en donde se declara el nombre de la madre. El hecho del matrimonio de la madre se puede acreditar también con prueba directa y positiva, por medio de las actas del registro del estado civil o por medio de las pruebas supletorias. Pero los otros dos hechos, concepción durante el matrimonio y procreación por el marido, en razón de su propia naturaleza no son susceptibles de prueba directa y positiva. Sólo pueden comprobarse indirectamente al través de presunciones. Para establecer la concepción durante el matrimonio se acude a la presunción de derecho (JURIS ET DE JURE) consagrada en el artículo 92 del Código Civil, conforme a la cual de la época del nacimiento se infiere la de la concepción, según la regla de que ésta no puede precederlo menos de ciento ochenta días ni más de trescientos. El hecho de la paternidad resulta de la presunción legal (JURIS TANTUM) establecida en el artículo 214 del Código Civil, la cual se expresa desde el derecho romano en el conocido aforismo: PATER IS EST QUEM NUPTIAE DEMONSTRANT, o sea, el hijo concebido durante el matrimonio "tiene por padre al marido". Esta presunción es simplemente legal, porque admite prueba en contrario. Pero en cuanto a los hechos que pueden alegarse en contra de la presunción para destruírla, y en cuanto a las personas a quienes se permite atacarla, la ley establece determinadas restricciones.

2.—La legitimidad de un hijo puede ser impugnada de tres maneras: a) negando la existencia del matrimonio; b) disputando la maternidad que se atribuye a la mujer casada; c) desconociendo la paternidad que se atribuye al marido de la madre. En consecuencia, la acción encaminada a desconocer el estado de hijo legítimo, a una persona que se halle en posesión de él, puede referirse a cualquiera de los elementos que constituyen la filiación legítima. La acción de impugnación de la legitimidad que tiene por objeto destruir la presunción de paternidad, está sometida a reglas especial-

mente estrictas consagradas en el Título 10 del Libro 1º del Código Civil. Como es obvio, la impugnación de la legitimidad por tal concepto, supone reunidas las dos condiciones que sirven de base a la presunción, a saber: el matrimonio y la concepción dentro de éste. Cuando se impugna la filiación legítima disputando la maternidad, las normas aplicables que regulan la acción se encuentran en el Título 18 del Libro 1º del Código Civil. La controversia suscitada sobre la filiación legítima de una persona porque se desconozca la existencia del matrimonio de sus padres, es cuestión atinente a la comprobación del matrimonio, que debe resolverse conforme a las reglas del Título XX del Libro 1º del Código Civil sobre las pruebas del estado civil. En consecuencia, las acciones de impugnación de la filiación legítima, según que se desconozca la paternidad o la maternidad o el matrimonio, tienen fundamentos diversos y reglamentación distinta en la ley.

3. — La acción de desconocimiento de la paternidad mientras viva el marido, sólo corresponde a éste (C. C., artículo 216). Muerto el marido, el ejercicio de tal acción corresponde a cualquier persona que tenga interés en ello (artículos 219 y siguientes). La presunción de paternidad sólo puede destruírse en caso de absoluta imposibilidad física del marido durante el período de concepción (artículo 214, inciso 2º), o en caso de adulterio acompañado de ciertas circunstancias (artículo 215), y en caso de abandono de la mujer del domicilio conyugal (Ley 95 de 1890, artículo 6º). La acción de desconocimiento de la paternidad sólo puede ser promovida dentro de los plazos cortos señalados en la ley (artículos 217 y siguientes). Cuando la acción de impugnación de la legitimidad se presenta no con referencia a la paternidad, sino con el fundamento de que los padres no han estado casados, no se aplican las reglas del Capítulo 1º del Título 10 del Libro 1º del Código Civil. En consecuencia, la acción puede promoverse aún en vida del padre, por cualquier interesado y en cualquier tiempo. Y en ella la controversia se limita a la comprobación del matrimonio de los padres del hijo cuya legitimidad se desconoce.

4.—Para acreditar el estado civil de hijo legítimo, debe presentarse la partida de matrimonio de los padres, y la de nacimiento que demuestre que éste ha sido concebido durante el matrimonio en virtud de la presunción del artículo 92 del Código Civil. Aun cuando en la partida de nacimiento se declare que el hijo es legítimo de tales padres, ese documento no basta por sí solo para probar la legitimidad, porque puede haberse inscrito como legítimo al hijo de padres que no se hallan casados. Basándose el estado civil de hijo legítimo sobre dos hechos de rigurosa existencia jurídica, o sea, matrimonio de los padres y concepción del hijo dentro del matrimonio, no puede prescindirse de la prueba de éste y dar por existente la filiación legítima con la sola partida de nacimiento que al demostrar éste no acredita aquélla.

5. — El matrimonio se demuestra con la respectiva acta del registro del estado civil, o sea, la copia de la correspondiente partida eclesiástica o civil, según el caso. Según el artículo 395 del Código Civil, hoy reemplazado por el artículo 19 de la Ley 92 de 1938, si falta la prueba principal, puede suplirse ésta en caso necesario: a) por otros documentos auténticos; b) por declaraciones de testigos que hayan presenciado el matrimonio; c) por la posesión notoria del estado civil. El artículo 395 del Código Civil, lo mismo que el 19 de la Ley 92 de 1938 que lo subrogó, dice que "la FALTA de los referidos documentos podrá suplirse en caso necesario" por las pruebas que indica. ¿Qué se ha querido expresar con la palabra FALTA? ¿Cuándo se debe entender que las pruebas principales FALTAN? ¿Cómo debe demostrarse la FALTA de ellas para que sea admisible la prueba supletoria? ¿Será necesario acreditar siempre el motivo que explique la FALTA? Estas cuestiones han sido debatidas en la doctrina y en la jurisprudencia, tanto en Colombia como en Chile que tiene igual reglamentación a la nuestra en este particular. En el estado actual de la doctrina y la jurisprudencia, y con el fin de precisar y fijar el verdadero alcance de ésta, la Sala consagra las siguientes conclusiones: A) Para acreditar el estado civil de las personas son admisibles las pruebas supletorias sólo cuando se comprueba debidamente la falta de las respectivas actas, civiles o eclesiásticas, en los libros del registro; B) La falta de la partida principal

debe certificarse por el párroco o funcionario que haya debido sentar el acta correspondiente, o sea, el del lugar en donde ocurrió el bautizo o nacimiento, matrimonio, muerte. No basta el certificado expedido por cualquier notario o párroco. C) La falta de la partida principal puede consistir en la pérdida, extravío o destrucción del acta original, o en que el acta respectiva no se haya sentado en el libro correspondiente por omisión del funcionario encargado de llevar el registro del estado civil o por una causa análoga. D) En general, no basta con acreditar la falta de la partida principal en el registro correspondiente, sino que es indispensable justificar la inexistencia del acta original. E) Corresponde a los jueces decidir en cada caso y teniendo en cuenta las circunstancias que se hayan alegado para justificar la falta de la prueba principal, si es admisible o no la prueba supletoria, especialmente cuando ésta es constituída por testigos, exigiendo el mayor rigor en el examen de esta prueba, a fin de que por tal medio no se altere fraudulentamente el estado civil de las personas, cuestión ésta en que se halla de por medio el orden público vinculado a la organización de la familia.

6.—Pueden ser tenidas como pruebas del estado civil las copias expedidas por el Juez que conoce del juicio de sucesión con base en las que obran en este juicio, porque la Corte ha sentado la doctrina de que "son certificaciones auténticas las copias de las partidas de estado civil que se llevan a juicio, no en ejemplar original, sino tomadas de las que figuran en una actuación civil expedidas por el Secretario del Juzgado que custodia el archivo, quien, como tal, les imparte autenticidad". (Casación de 12 de junio de 1928, G. J. Tomo 25, pág. 322).

7.—La ilegitimidad de la personería en el apoderado de una de las partes ocurre cuando el que obra en representación de otro carece de poder o cuando el mandato judicial es imperfecto legalmente. No hay nulidad por ilegitimidad de la personería "cuando resulte claramente de los autos que el interesado ha consentido en que la persona que figura en el juicio como apoderado represente sus derechos, aunque carezca de poder, o éste no se halle arreglado a la ley". (C. J., artículo 450). Es motivo de casación haberse incurrido en causal de nulidad por ilegitimidad de la personería en el apoderado de una de las partes (C. J., artículos 448, ord. 2º, y 520, ord. 6º). La ilegitimidad de la personería en el apoderado de una de las partes es motivo de casación como error IN PROCEDENDO, no como error IN IUDICANDO, desde luego que la sentencia se acusa no con base en una violación de la ley sustantiva sino en un quebrantamiento de las normas procedimentales atinentes a la constitución regular de la relación jurídico-procesal. La ilegitimidad de la personería en el apoderado de una de las partes, vicia la relación jurídico-procesal por carencia de uno de los presupuestos procesales. Pero la Corte en jurisprudencia constante y reiterada ha dicho que sólo la parte indebidamente representada puede alegar en casación la nulidad del juicio por tal motivo.

8. — Aun cuando generalmente se afirma que la acción de petición de herencia no es divisible, es lo cierto que por el aspecto PERSONAL, en cuanto se discute el reconocimiento de un estado civil entre demandante y demandado, "cuando la acción se entable por diversos interesados, cada uno obra dentro de los límites de su propio interés y por su cuenta, sin representar a los demás, y sin que a éstos favorezca o perjudique la actitud de los otros en el juicio". (Planiol y Ripert, "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", Tomo IV, número 322, pág. 383). De lo anterior se concluye que si varios interesados, alegando el reconocimiento de un estado civil determinado, promueven la acción de petición de herencia contra quien la ocupa por virtud de un título concurrente, y sólo logran demostrar su calidad de herederos varios de los demandantes, no por esto se disminuye el derecho hereditario de los demandantes que acreditaron su estado, ni se aumenta el derecho hereditario del demandado que sólo demostró un título concurrente. Es la ley que señala la vocación hereditaria, la que determina los derechos de los sucesores enfrentados e indica en consecuencia la cuota de lo que debe restituir, en cada caso.

9. — Cuando se acusa una sentencia por error IN IUDICANDO, la Corte dentro del ámbito señalado en la demanda de casación, debe limitarse a examinar: si entre el error denunciado y la correspondiente decisión

existe la necesaria relación de causalidad, y si está comprobada la infracción de la ley. La invalidación del fallo sólo puede pronunciarse cuando al no haber existido el error denunciado y demostrado, la decisión del sentenciador de instancia habría sido diferente. Es preciso, pues, que el quebrantamiento de la ley, esté en relación de causalidad con la decisión contenida en la sentencia acusada, de tal suerte que el reconocimiento de la violación tenga un valor práctico. Así, en los casos de derechos subordinados a dos o más requisitos, si la sentencia ha negado la existencia de todos los requisitos, y la violación denunciada en casación se refiere solamente a uno de ellos, no puede invalidarse la decisión, porque ésta de todas maneras se fundaría en la inexistencia de los otros requisitos. Tal ocurre, por ejemplo, cuando en la acción reivindicatoria, la sentencia ha negado a la vez el dominio en el actor y la posesión en el reo; o cuando en la acción indemnizatoria por culpa aquiliana, se ha desconocido simultáneamente la existencia de la culpa y del daño, o cuando en la acción pauliana respecto de contratos onerosos no aparece ni el CONSILIUM FRAUDIS ni el EVENTUS DAMNI. El error invocado por el recurrente que se refiera a una sola de las condiciones, no aparece como CAUSA UNICA de la sentencia impugnada, porque aún aceptado como exacto el motivo alegado, la sentencia siempre se sustentaría en otros fundamentos no impugnados. De acuerdo con la anterior doctrina, esta Sala ha sostenido en jurisprudencia constante y reiterada que cuando el recurrente acusa la sentencia por errores IN IUDICANDO con base en la causal primera, la Corte no tiene necesidad de entrar al estudio de los motivos alegados para sustentar la violación, si la sentencia tiene como soporte una apreciación que, aun cuando apareciera errónea, no ha sido atacada en casación y que por sí sola era suficiente para sustentar la decisión contenida en el fallo acusado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, trece (13) de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955).

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra)

1.—El doctor Alfonso Quintero Osorio, con poder especial que le confirió Julia Sánchez Carmona, demandó por la vía ordinaria ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Manizales, a Pastora Sánchez de Landínez, Benjamín y Fructuoso López, Aguedo y Jorge Jiménez, para que se hicieran las siguientes declaraciones principales: a) Que la demandada Pastora Sánchez Carmona "no tiene la calidad de hija legítima, sino natural, de Juan M. Sánchez y Mercedes Carmona", quienes no estaban casados legítimamente; b) que Julia, Estefanía y Melania Sánchez Carmona tienen la calidad de hijas naturales de Juan M Sánchez y Mercedes Carmona, y por tanto, la calidad de herederas de éstos, "con derecho a que se les llame a recibir la herencia de éstos, en concurrencia con Pastora Sánchez de L., por tener igual derecho"; c) que en virtud de la declaración anterior, la demandada Pastora Sánchez de Landínez debe restituir a Julia, Estefanía y Melania Sánchez Carmona, los derechos que a éstas les corresponden en los bienes señalados en el hecho décimo-quinto de la demanda, con todos los aumentos, frutos y mejoras desde la muerte de Juan M. Sánchez; d) que los demandados Benjamín y Fructuoso López, Aguedo y Jorge Jiménez, deben restituir a Julia, Estefanía y Melania Sánchez Carmona los derechos que a éstas les correspondan en la finca mencionada en el hecho décimo-cuarto del libelo, con todos los aumentos, frutos y mejoras desde la muerte de Mercedes Carmona; e) que se cancele el registro de las sentencias aprobatorias de la partición en los juicios de sucesión de Mercedes Carmona y Juan M. Sánchez; f) que se les condene en las costas del juicio. Subsidiariamente pidió que en caso de no hacerse la declaración del ordinal b), se declarara que Julia, Estefanía y Melania Sánchez Carmona tienen calidad de hijas naturales de Mercedes Carmona, siendo herederas de ésta, con derecho a que se les llame a recibir la herencia de ella, en concurrencia con Pastora Sánchez de Landínez.

Los hechos fundamentales de la demanda pueden resumirse así:

A) Por medio de la escritura número 221 de 18 de noviembre de 1946 de la Notaría Primera de Manizales se protocolizó el juicio de sucesión de Mercedes Carmona, previo registro de la sentencia aprobatoria de la partición el 15 del mismo mes.

B) Por la escritura número 1248 de 23 de julio de 1950 de la Notaría de Manizales se protocolizó el juicio de sucesión de Juan M. Sánchez

y la sentencia aprobatoria de la partición se registró el mismo año.

C) En ambos juicios de sucesión aparece como única heredera y adjudicataria de los bienes Pastora Sánchez de Landínez, en calidad de hija legítima de los causantes, y para comprobar tal calidad llevó a los juicios la partida de nacimiento en donde se dice "hija legítima de Juan María Sánchez y Julia Carmona". Esta condición no puede aceptarse, porque sus padres no fueron casados, y así a los juicios de sucesión no se llevó la partida de matrimonio sino una prueba supletoria, defectuosa, con la cual "trató de demostrarse que por la vida común que llevaban en sociedad, por el trato que se daban y la manera de portarse, por el modo como criaron y educaron a Pastora, se consideraron casados legítimamente". No existiendo el matrimonio de Juan M. Sánchez y Julia Carmona, Pastora Sánchez de Landínez sólo tiene la calidad de hija natural de éstos.

D) De la vida común extramatrimonial de Juan M. Sánchez y Mercedes Carmona nacieron, además de Pastora, otras tres hijas, nombradas Julia, Estefanía y Melania, y por la manera como se criaron y educaron, y como fueron tratadas por sus padres, tanto en lo social como en lo privado, proveyéndoselas en todo lo necesario, tienen la calidad de hijas naturales de aquéllos. En la partida de matrimonio de Julia, Estefanía y Melania aparecen como hijas de Juan M. Sánchez y Mercedes Carmona. Por consiguiente, tales hijas tienen igual derecho que Pastora para recibir la herencia de sus mentados padres.

E) Los bienes adjudicados a Pastora Sánchez de Landínez en las sucesiones de sus padres, están ocupados por ella y por terceros a quienes hizo enajenación.

F) Benjamín y Fructuoso López, Aguedo y Jorge Jiménez, le compraron a Pastora el inmueble situado en el paraje de "La Pella", en jurisdicción de Villamaría, alindado como se indica en la demanda, el cual le había sido adjudicado en la sucesión de Mercedes Carmona, y lo poseen y ocupan proindiviso dichos señores.

G) En la sucesión de Juan M. Sánchez fue adjudicado a Pastora un crédito hipotecario por la suma de $ 6.000.00 a cargo de Jesús A. Pineda, y un inmueble ubicado en el paraje de "San Julián" de la jurisdicción municipal de Villamaría, bienes que se puntualizan en la demanda y que se hallan en poder de la demandada Pastora Sánchez de Landínez.

2.—La demandada Pastora Sánchez de Landínez se opuso a las pretensiones de la actora.

El apoderado de Benjamín y Fructuoso López, al contestar la demanda, aceptó que el primero es dueño de una finca denominada "La Bella", la cual ocupa como adquirente de otras personas distintas y no como heredero, y a nombre del mismo Benjamín López, denunció el pleito a José Arbeláez y Ramón Aristizábal. De éstos, el primero denunció a su vez el pleito a Pastora Sánchez de Landínez y a su marido Lucas Landínez, de quienes dijo haber adquirido la finca "La Bella", y el segundo lo denunció al mismo José Arbeláez.

3.—El juez de la causa puso fin a la primera instancia en sentencia del 15 de febrero de 1952, absolviendo a los demandados de todos los cargos formulados.

4.—Apelado el fallo anterior por el apoderado de la parte demandante, fue revocado por el Tribunal Superior de Manizales en sentencia del 26 de agosto de 1954, que desató la litis así:

"Por tener la señora Estefanía Sánchez Carmona la misma calidad de hija natural que Pastora Sánchez Carmona, tuvo derecho a concurrir en tal calidad a los juicios de sucesión de sus padres Juan María Sánchez y Mercedes Carmona, y a que le adjudicaran bienes en la cuota correspondiente a su calidad de hija natural, y como así no se hizo, se condena a la señora Pastora Sánchez de Landínez, mayor de edad y vecina de Villamaría, a entregar a dicha demandante Estefanía Sánchez Carmona, la mitad del crédito que se le adjudicó en la sucesión de Juan María Sánchez, a cargo de Jesús A. Pineda, con los intereses desde la contestación de la demanda, en la cuota correspondiente a la suma de tres mil pesos ($ 3.000.00) según la escritura pública 2048 del seis de noviembre de 1948, de la Notaría Primera de Manizales.

"También deberá entregar a la misma demandante, la mitad de la finca de 'San Julián', de la jurisdicción de Villamaría, que se le adjudicó en la misma sucesión de Juan María Sánchez, y por los linderos determinados en el hecho décimo quinto de la demanda.

"En cuanto a los frutos del inmueble, la demandada se considera como poseedora de buena fe, y por consiguiente, deberá restituir los producidos o los que hubiere podido producir la finca, si la hubiera tenido en su poder, pero sólo a partir del cinco (5) de febrero de 1951 en adelante, hasta que la entrega se verifique. La liquidación se hará por el procedimiento del artículo 553 del C. Judicial.

"En cuanto a las demandantes Juana Julia y María Melania, se declara probada la excepción perentoria de 'Petición de un modo indebido' y por ello se ABSUELVE a los demandados, en lo correspondiente a las peticiones de éstas en la demanda.

"No se ordena la entrega de la finca de 'La Bella', determinada en el hecho décimo-cuarto de la demanda, y por consiguiente, SE ABSUELVE a los demandados en la acción de reivindicación propuesta.

"No es el caso de ordenar las cancelaciones que se piden en la letra e) de la demanda.

"No se hace condenación en costas".

Contra la sentencia de segunda instancia interpusieron recurso de casación tanto las demandantes Julia, Estefanía y Melania Sánchez Carmona como la demandada Pastora Sánchez de Landínez, recurso que fue concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, hallándose preparado el negocio para recibir la correspondiente decisión.

Sentencia acusada

Compendiados, éstos son los fundamentos del fallo recurrido:

1.—Cuando el doctor Alfonso Quintero Osorio promovió las acciones ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Manizales en interés de Julia, Melania y Estefanía Sánchez Carmona, sólo ostentaba el poder especial que le había conferido la primera de las nombradas, pues las otras dos le constituyeron apoderado más tarde, cuando el negocio ya había entrado al despacho para sentencia (cuaderno 1º, fs. 41 y 42). Por esta razón el juez **a quo** en la decisión de primera instancia "hace caso omiso de las demandantes Melania y Estefanía". Pero como los poderes de Melania y Estefanía fueron presentados ante el juez antes de pronunciarse la sentencia de primera instancia y la personería del doctor Quintero Osorio fue reconocida en la misma oportunidad, quedó manifiesta la intención y aceptación por parte de aquéllas respecto de la actuación de su apoderado. "Por ello, la sentencia debe hacerse extensiva también a sus pretensiones, ya que ellas fueron objeto de la demanda y por tanto aquélla debe dictarse en consonancia con ésta".

2.—La demanda desconoce a Pastora Sánchez Carmona la calidad de hija legítima de Juan María Sánchez y Mercedes Carmona, "sosteniendo que ella es hija natural de éstos y que las demandantes son hermanas naturales de ella, por ser hijos de los mismos padres naturales", y "que por tanto, tienen igual derecho que Pastora a los bienes dejados en herencia por sus padres".

3.—Al juicio se trajeron las partidas eclesiásticas de nacimiento de las demandantes en las que aparecen como hijas naturales de Mercedes Carmona, nacidas así: Juana Julia el 12 de julio de 1890; María Melania el 9 de diciembre de 1899 y Estefanía el 4 de marzo de 1904.

4.—Pero como al juicio se agregó la prueba del matrimonio católico celebrado por Mercedes Carmona con Pedro Crisólogo Carmona el 3 de noviembre de 1881 en la Parroquia de Villamaría, y el cónyuge murió en Manizales el 28 de noviembre de 1901, según aparece del acta de defunción allegada a los autos, las demandantes Juana Julia y María Melania, por fuerza de la presunción de legitimidad estatuída en el artículo 213 del Código Civil, tienen la condición de hijas legítimas de aquéllos, pues no se ha demostrado que su presunto padre en tiempo hubiera impugnado tal legitimidad o que terceros, después de la muerte, lo hubieran hecho.

5.—"De manera, entonces, que la acción de petición de herencia, respecto de estas dos codemandantes, no puede desatarse en la forma como lo piden, porque el Juez no puede cambiarle el sentido a la demanda, sino que la sentencia tiene que estar en consonancia con los hechos de ésta, y si en ella se afirma una cosa, en la sentencia no puede irse contra la realidad jurídica demostrada en sentido contrario. Es decir, que si la petición de herencia se funda en que tales demandadas son hijas naturales de Mercedes Carmona y resulta demostrado que son legítimas de la misma, no puede desatarse la litis accediendo a la restitución de bienes con base en una calidad de heredero distinta a la pedida se declare y no demostrada".

6.—La parte demandante allegó al juicio prueba testimonial de la cual aparece que Mercedes Carmona y Juan María Sánchez tuvieron vida marital durante muchos años, aún en vida del marido de aquélla, Pedro Crisólogo Carmona, y que de ese concubinato nacieron Julia, Melania Estefanía y Pastora, a quienes Sánchez y Carmona trataron como hijas hasta que ellas se casaron. Pero esta prueba no destruye la presunción de legitimidad respecto de la filiación de Julia y Melania, a más de que los mismos testimonios son inciertos y no circunstanciados en cuanto a la época en que se iniciaron las relaciones concubinatarias de la Carmona y Sánchez.

7.—"De manera, pues, que si de las tres demandantes en la presente acción de petición de

herencia, resultan dos de ellas como hijas legítimas de Mercedes Carmona, y si no es procedente cambiar la forma de la declaración pedida, sobre que son hijas naturales, entonces resulta establecida la excepción perentoria de 'Petición de un modo indebido' que debe declararse en su contra en la sentencia".

8.—Está demostrado que Estefanía es hija natural de la Carmona y Sánchez, pues aparece nacida más de dos años después de la muerte de Pedro Crisólogo Carmona y dentro del concubinato de aquéllos.

9.—La demandada Pastora Sánchez de Landínez, quien en los juicios de sucesión de Mercedes Carmona y Juan M. Sánchez se hizo reconocer como heredera única de éstos en condición de hija legítima, no tiene este estado civil, porque sus padres no fueron casados legítimamente. En efecto: aun cuando en aquellos juicios se le reconoció tal carácter con base en una prueba supletoria del matrimonio de la Carmona y Sánchez, consistente en declaraciones de testigos, tal reconocimiento no hace tránsito a cosa juzgada, por una parte, y además la mentada prueba es inadmisible por no haberse acreditado la causa o motivo por que no se encontró la prueba principal del matrimonio, como lo ordena la ley (C. C., artículo 395; Ley 95 de 1932, artículo 19). Todo esto se encuentra respaldado en propias manifestaciones de Juan María Sánchez, quien en actuaciones judiciales anteriores desconoció su carácter de padre legítimo de Pastora, dando como razón lo que era evidente, que él no se había casado con Mercedes Carmona.

10.—"Si en la partida de bautizo de Pastora Sánchez se dice que es hija legítima de Juan María Sánchez y Mercedes Carmona, tal afirmación no constituye de por sí, o no crea el carácter de legitimidad, porque para que ello resulte cierto, es preciso se demuestre el matrimonio de los padres".

11.—Por lo anterior, concluye el Tribunal que la demanda prospera en cuanto a las dos súplicas principales, o sea, la declaración de que Pastora Sánchez Carmona tiene la calidad de hija natural de Juan María Sánchez y Mercedes Carmona —no la supuesta condición de hija legítima— y de que a su vez, la demandante Estefanía Sánchez Carmona es hija natural de los mismos padres y "por no haber intervenido en los juicios de sucesión de ellos, tiene derecho a que se le entregue la cuota que le corresponde en los bienes adjudicados a Pastora".

12.—Respecto a la acción reivindicatoria acumulada a la de petición de herencia y enderezada a obtener la restitución del fundo "La Bella" adjudicado a Pastora en la sucesión de Mercedes Carmona y enajenado por ésta a terceros que lo poseen a la sazón, el Tribunal considera que para la prosperidad de aquella acción es menester que se reúnan los elementos que la constituyen, a saber: dominio en el actor, cuerpo cierto determinado, posesión actual del reo y debida identificación de la cosa.

13.—En este caso corresponde al reivindicante demostrar con la prueba debida que el inmueble cuya restitución solicita "pertenecía al causante de la herencia, y que fue adjudicado al heredero aparente, quien a la vez lo enajenó a los terceros, que son los actuales poseedores, pues en esta clase de acciones sí se entra a discutir el dominio, ya que el demandante alega su título de dueño en contra del poseedor material que alega la misma calidad".

14.—El Tribunal rechaza la acción reivindicatoria del fundo "La Bella", porque considera que algunos de los elementos estructurales de la reivindicación no se acreditaron. Son del siguiente tenor los considerandos del sentenciador a este propósito:

"En el presente caso, el demandante no demostró que al finca 'La Bella', determinada en el hecho décimo-cuarto de la demanda, perteneciera al tiempo de su muerte, a la señora Mercedes Carmona. Ahora, aun cuando sí está demostrado con la hijuela de adjudicación, que en la sucesión de ésta, dicha finca se adjudicó a Pastora Sánchez, no está demostrado que ella la hubiera enajenado, porque la escritura 1135 del cinco de julio de 1945, de la Notaría Primera de la ciudad, traída al juicio, en la segunda instancia, no puede tenerse en cuenta, ya que no aparece con la correspondiente nota de registro (artículo 630 del C. Judicial).

"Pero aún, si se hace caso omiso de estas exigencias, resulta también que no está demostrado que los demandados sean los poseedores de la mencionada propiedad, como se ve a continuación: en la contestación que a la demanda dan los señores Benjamín y Fructuoso López y Jorge Jiménez, según se ve al folio 20 del cuaderno principal, su apoderado dice, al contestar al hecho décimo-tercero: 'No es cierto que mis mandantes Fructuoso López y Jorge Jiménez ocupen bienes, ni de la sucesión de Mercedes Carmona, ni de la del citado Sánchez. En cuanto a mi mandante don Benjamín López, es dueño de una finca denominada 'La Bella', que de ser la misma

a que se refiere la demanda, no fue adquirida ni la ocupa en su carácter de heredero, sino como adquirente de otras personas distintas'.

"A esto se anota, que tampoco se identificó la finca que ocupa Benjamín López como la misma que se demanda en reivindicación; pues en la forma como se refiere a la finca 'La Bella' su apoderado, no se puede dar por sentado que reconoce sea la misma de que habla la demanda en el hecho décimo-cuarto. En la segunda instancia, la parte demandante pretendió hacer la identificación por medio de testigos, lo cual no logró".

Y después de analizar la prueba testimonial aducida al respecto, concluye el Tribunal:

"De manera que aun cuando los testigos identifiquen la finca demandada con la transferida en la sucesión a Pastora Sánchez, de ello no se deduce la identificación que ha debido hacerse entre lo poseído por los demandados, con la que fue adjudicada en dicho juicio. Por tanto, la acción de reivindicación en la forma como se propuso en la demanda, no se demostró".

Demandas de casación

Como se dijo anteriormente, ambas partes se alzaron en casación, a saber: la parte demandante integrada por Julia, Melania y Estefanía Sánchez Carmona, y la parte demandada constituída por Pastora Sánchez Landínez.

A — Recurso de las demandantes

Aun cuando no se menciona expresamente la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, el recurrente formula dos cargos que se fundan en ella, ambos por infracción indirecta de la ley sustantiva, a saber:

1º—En relación con la reivindicación de la finca "La Bella", el Tribunal funda su decisión absolutoria en la carencia de prueba sobre la identidad del fundo y sobre la posesión del mismo por parte del demandado Benjamín López. El sentenciador incurrió en error de derecho o en evidente error de hecho al dejar de apreciar varias pruebas que acreditan tales extremos de la acción. A consecuencia del error en la apreciación de las pruebas, el Tribunal infringió los artículos 668 y 697 del Código Judicial, 946, 952, 1758, 1759 y 1765 del Código Civil.

2º—En relación con la filiación de Julia y María Melania Sánchez Carmona, el Tribunal las consideró como hijas legítimas de Mercedes Carmona y Pedro Crisólogo Carmona, porque aceptó como prueba plena y suficiente del matrimonio de éstos, la copia de la partida eclesiástica, tomada de una actuación judicial y no expedida directamente por el correspondiente Párroco, y desconoció el valor de las partidas de bautizo en donde aquéllas aparecen como hijas naturales de la Carmona. A consecuencia de error de derecho en la estimación de estas pruebas, el Tribunal violó los artículos 632 del Código Judicial, 213 y 1758 del Código Civil, y 22 de la Ley 153 de 1887.

B — Recurso de la demandada

El recurrente invoca en su demanda de casación las causales primera, segunda y sexta del artículo 520 del Código Judicial.

Con base en la **primera causal** se formulan estos cargos:

1º—Violación directa, aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 233 y 270 del Código Judicial, y 1506, 2142, 2144 y 2305 del Código Civil. Estriba este cargo en que el doctor Alfonso Quintero Osorio obró sin poder de Melania y Estefanía Sánchez Carmona al trabarse la **litis contestatio** y sólo recibió poder de ellas después de la citación para sentencia, cuando estaba ya cerrado el debate entre las partes. El Tribunal lo consideró como agente oficioso contra las normas legales que aceptan este modo de representación.

2º—Violación directa de los artículos 217, 219, 220, 221, y 223 del Código Civil, a causa de que el Tribunal aceptó la impugnación de la filiación legítima de Pastora Sánchez de Landínez que consta en la partida de nacimiento de ésta, cuando la acción correspondiente se había extinguido según tales normas.

3º—Infracción de los artículos 395, 396 y 1757 del Código Civil, 595 del Código Judicial y 22 de la Ley 57 de 1887.

Esta infracción se produjo: a) porque el Tribunal aceptó las declaraciones de varios testigos para acreditar que Juan María Sánchez y Mercedes Carmona no se habían casado, con lo cual incurrió en error de derecho y en error de hecho en la apreciación de tal prueba; b) porque el Tribunal rechazó el valor de la partida eclesiástica de bautizo de Pastora Sánchez de **Landínez,** en la cual aparece ésta como hija legítima de Juan María Sánchez y Mercedes Carmona, documento que es "prueba indirecta del matrimonio de los padres que figuran en la partida"; c) por-

que el Tribunal desestimó la prueba supletoria del matrimonio de la Carmona y Sánchez, la cual es admisible cuando por cualquier circunstancia no se ha encontrado la prueba principal; incurriendo el sentenciador en errónea interpretación del artículo 395 del Código Civil.

Con fundamento en la causal segunda el recurrente acusa la sentencia por inconsonancia con la parte petitoria de la demanda y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, acusación que se basa en la alegación de que la sentencia ordena restituir a Melania Sánchez Carmona más de lo que había pedido en unión de sus hermanas Julia y Estefanía en los bienes adjudicados a Pastora.

Y por último, con invocación de la causal sexta, el recurrente enjuicia el fallo del Tribunal, alegando la ilegitimidad de la personería del apoderado de Estefanía y Melania Sánchez Carmona. Y en la sustentación del cargo cita y comenta los artículos 448 —ord. 2º— y 450 —ord. 4º— del Código Judicial, reiterando algunas de las observaciones expuestas en la formulación del cargo primero por la causal primera.

Examen de los cargos

Siguiendo la pauta indicada en el artículo 537 del Código Judicial, que ordena a la Corte examinar en orden lógico los motivos de casación aducidos, la Sala estudiará los cargos formulados en ambas demandas, agrupándolos así:

Capítulo I. — La filiación natural de Pastora Sánchez Carmona. Cargos segundo y tercero por la causal primera, alegados por el demandado;

Capítulo II.—La filiación legítima de Julia y Melania Sánchez Carmona. Cargo segundo por la causal primera alegado por la parte demandante;

Capítulo III.—La personería del apoderado de Estefanía Sánchez Carmona. Examen del cargo primero por la causal primera, y del cargo por la causal sexta, ambos formulados por la parte demandada;

Capítulo IV.—Incongruencia del fallo respecto de las peticiones de Estefanía Sánchez Carmona. Cargo por la causal segunda presentado por la parte demandada.

Capítulo V. — Prueba de los elementos de la reivindicación. Cargo primero por la causal primera alegado por la parte demandante.

CAPITULO I

La filiación natural de Pastora Sánchez Carmona

1.—Quien invoca su condición de hijo legítimo para reclamar algún derecho anexo a ese estado civil afirma implícitamente estos hechos: a) que ha sido dado a luz por determinada mujer, o sea, la relación materno-filial; b) que su madre se halla casada; c) que su concepción ocurrió dentro del matrimonio; d) que fue engendrado por el marido de su madre, o sea, la relación paterno-filial.

Estos cuatro hechos constituyen jurídicamente la filiación legítima. Para que exista el correspondiente estado civil, todos ellos deben estar perfectamente comprobados.

El hecho de la maternidad se puede establecer con prueba directa y positiva. El parto y la identidad de la criatura, fruto del alumbramiento, pueden acreditarse con declaraciones de testigos que hayan presenciado el nacimiento y conocido al hijo desde pequeño. Para la demostración de la maternidad se emplea normalmente la respectiva partida del registro del estado civil sobre el nacimiento, en donde se declara el nombre de la madre.

El hecho del matrimonio de la madre se puede acreditar también con prueba directa y positiva, por medio de las actas del registro del estado civil o por medio de las pruebas supletorias.

Pero los otros dos hechos, concepción durante el matrimonio y procreación por el marido, en razón de su propia naturaleza no son susceptibles de prueba directa y positiva. Sólo pueden comprobarse indirectamente al través de presunciones.

Para establecer la concepción durante el matrimonio se acude a la presunción de derecho (juris et de jure) consagrada en el artículo 92 del Código Civil, conforme a la cual de la época del nacimiento se infiere la de la concepción, según la regla de que ésta no puede precederlo menos de ciento ochenta días ni más de trescientos.

El hecho de la paternidad resulta de la presunción legal (juris tantum) establecida en el artículo 214 del Código Civil, la cual se expresa desde el derecho romano en el conocido aforismo: pater is est quem nuptiae demostrant, o sea, el hijo concebido durante el matrimonio "tiene por padre al marido". Esta presunción es simplemente legal, porque admite prueba en contrario Pero en cuanto a los hechos que pueden alegarse en contra de la presunción para destruírla, y en cuanto a las personas a quienes se permite atacarla, la ley establece determinadas restricciones.

2.—La legitimidad de un hijo puede ser impugnada de tres maneras: a) negando la existen-

cia del matrimonio; b) disputando la maternidad que se atribuye a la mujer casada; c) desconociendo la paternidad que se atribuye al marido de la madre.

En consecuencia, la acción encaminada a desconocer el estado de hijo legítimo, a una persona que se halle en posesión de él, puede referirse a cualquiera de los elementos que constituyen la filiación legítima.

La acción de impugnación de la legitimidad que tiene por objeto destruir la presunción de paternidad, está sometida a reglas especialmente estrictas consagradas en el Título 10 del Libro 1º del Código Civil. Como es obvio, la impugnación de la legitimidad por tal concepto, supone reunidas las dos condiciones que sirven de base a la presunción, a saber, el matrimonio y la concepción dentro de éste.

Cuando se impugne la filiación legítima disputando la maternidad, las normas aplicables que regulan la acción se encuentran en el Título 1º del Libro 1º del Código Civil.

La controversia suscitada sobre la filiación legítima de una persona porque se desconozca la existencia del matrimonio de sus padres, es cuestión atinente a la comprobación del matrimonio, que debe resolverse conforme a las reglas del Título XX del Libro 1º del Código Civil sobre las pruebas del estado civil.

En consecuencia, las acciones de impugnación de la filiación legítima, según que se desconozca la paternidad o la maternidad o el matrimonio, tienen fundamentos diversos y reglamentación distinta en la ley.

3.—La acción de desconocimiento de la paternidad mientras viva el marido, sólo coresponde a éste (C. C., artículo 216). Muerto el marido, el ejercicio de tal acción corresponde a cualquier persona que tenga interés en ello (artículos 219 y siguientes). La presunción de paternidad sólo puede destruírse en caso de absoluta imposibilidad física del marido durante el período de concepción (artículo 214, inc. 2º), o en caso de adulterio acompañado de ciertas circunstancias (artículo 215), y en caso de abandono de la mujer del domicilio conyugal (Ley 95 de 1890, art. 6º).

La acción de desconocimiento de la paternidad sólo puede ser promovida dentro de los plazos cortos señalados en la ley (artículos 217 y siguientes).

Cuando la acción de impugnación de la legitimidad se presenta no con referencia a la paternidad, sino con el fundamento de que los padres no han estado casados, no se aplican las reglas del Capítulo 1º del Título 10 del Libro 1º del Código Civil. En consecuencia, la acción puede promoverse aún en vida del padre, por cualquier interesado y en cualquier tiempo. Y en ella la controversia se limita a la comprobación del matrimonio de los padres del hijo cuya legitimidad se desconoce.

4.—Como se deja expuesto anteriormente, para acreditar el estado civil de hijo legítimo, debe presentarse la partida de matrimonio de los padres, y la de nacimiento que demuestre que éste ha sido concebido durante el matrimonio en virtud de la presunción del artículo 92 del Código Civil.

Aun cuando en la partida de nacimiento se declare que el hijo es legítimo de tales padres, ese documento no basta por sí solo para probar la legitimidad, porque puede haberse inscrito como legítimo al hijo de padres que no se hallan casados. Basándose el estado civil de hijo legítimo sobre dos hechos de rigurosa existencia jurídica, o sea, matrimonio de los padres y concepción del hijo dentro del matrimonio, no puede prescindirse de la prueba de éste y dar por existente la filiación legítima con la sola partida de nacimiento que al demostrar éste no acredita aquélla.

La Corte ha dicho a este respecto:

"El estado civil debe constar en el registro respectivo, según enseña el artículo 347 del C. C. De este principio se deduce que con la mera acta de matrimonio o la simple de bautismo no puede comprobarse el estado civil de hijo legítimo, sino que es preciso, cuando de esto se trata, acompañar ambas actas para deducir de ellas la legitimidad, aplicando la presunción **pater is est quem nuptiae demostrant.** Esta es la razón por la cual el artículo 351 del C. C. dispone que en el acta de nacimiento se expresen, entre otras circunstancias, quién es la madre de la criatura y su estado, quién es el padre si fuere conocido, quiénes son los abuelos paternos y maternos Esa es también la razón por la cual el canon 777 ordena que se dejen expresadas las mismas circunstancias en las actas de nacimiento. El derecho civil y el canónico son a este respecto idénticos y vale la pena observar que las conferencias episcopales reunidas en Colombia, se han orientado al respecto en el sentido de acomodar la forma de las partidas del estado civil de origen eclesiástico, a las establecidas por la legislación civil". (Casación, febrero 14 de 1942, LIII 53).

5.—El matrimonio se demuestra con la respec-

tiva acta del registro del estado civil, o sea, la copia de la correspondiente partida eclesiástica o civil, según el caso. Según el artículo 395 del Código Civil, hoy reemplazado por el artículo 19 de la Ley 92 de 1938, si falta la prueba principal, puede suplirse ésta en caso necesario: a) por otros documentos auténticos; b) por declaraciones de testigos que hayan presenciado el matrimonio; c) por la posesión notoria del estado civil.

El artículo 395 del Código Civil, lo mismo que el 19 de la Ley 92 de 1948 que lo subrogó, dice que "la falta de los referidos documentos podrá suplirse en caso necesario" por las pruebas que indica. ¿Qué se ha querido expresar con la palabra falta? ¿Cuándo se debe entender que las pruebas principales faltan? ¿Cómo debe demostrarse la falta de ellas para que sea admisible la prueba supletoria? ¿Será necesario acreditar siempre el motivo que explique la falta?

Estas cuestiones han sido debatidas en la doctrina y en la jurisprudencia, tanto en Colombia como en Chile que tiene igual reglamentación a la nuestra en este particular.

Fernando Vélez dice:

"Como puede faltar la prueba principal del estado civil, la ley para evitar las graves consecuencias de esto, permite que se establezca el estado con cierta clase de pruebas que sólo se admiten cuando se justifica previamente, o que no existen, bien porque se destruyeron o por otra causa, ni en el registro civil ni en los libros parroquiales en el lugar donde debió constituírse el estado civil respectivo, o que aunque existen no se halla en ellos partida correspondiente. Esto puede justificarse con certificaciones del párroco o del oficial encargado del registro, cuando esto sea aceptable. A la certificación debe agregarse el comprobante de que en aquel lugar se verificó el acto que constituye el estado civil, es decir, que allí nació, se casó o murió el individuo de que se trate. Previo esto se admiten las pruebas supletorias que trata el artículo 395" (Fernando Vélez, "Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano", T. II, número 40, páginas 22 y 23).

Champeau y Uribe, comentando el artículo 395 del C. C., exponen:

"De este artículo parece deducirse que los medios de prueba indicados se admiten cualesquiera que sean las razones por las cuales faltan los registros, y así se desprende de la parte final del artículo 399 que se verá luego; pero creemos que debería exigirse a los interesados que demostrasen la imposibilidad en que se encuentran de presentar otros documentos, ya porque debido a un incendio han desaparecido los registros, ya porque con motivo de una guerra u otra causa suficiente no se hayan puesto las partidas respectivas". (Tratado de Derecho Civil Colombiano número 670, pág. 429).

Luis Claro Solar hace una amplia exposición sobre la materia. Dice así el tratadista chileno:

"Es evidente que si la ley admite suplir la falta de estos documentos por las otras pruebas, es necesario acreditar aquella falta para que las pruebas supletorias sean admisibles; y así lo manifiesta claramente el artículo 313 al exigir que para admitir la notoria posesión del estado civil, que es la última de las pruebas aceptadas por el artículo 309, se explique y pruebe satisfactoriamente la falta de la respectiva partida o la pérdida o extravío del libro o registro en que debiera encontrarse.

"Según esto las partidas de matrimonio, de nacimiento o de muerte de los libros parroquiales, así como los certificados de la inscripción de estos hechos en el registro civil, se entienden faltar cuando no existan en el libro o registro en que deben encontrarse por cualquiera causa, o cuando ese libro o registro no existe, sea porque se ha perdido o extraviado, sea porque no ha sido efectivamente llevado. Esta conclusión no nos parece que pueda prestarse a dudas.

"Si los registros existen y están correctamente llevados, deben estar consignados en ellos esos hechos; y si no lo están, es cierto que hay una fuerte presunción de que no se han realizado como se supone; pero esto sólo significa que, según las circunstancias de la causa, las pruebas supletorias, o no deberán ser admitidas, o son sospechosas, sobre todo si se trata de una reclamación de un estado civil de que no se ha estado en posesión, y los jueces deberán ser estrictos en la apreciación de la prueba que se les presente.

"Pero los registros pueden no haber sido llevados o haber desaparecido por cualquier causa o haber sido llevados irregularmente, no estando asentadas las partidas por orden cronológico o faltando partidas, o estar truncos o con hojas de menos, etc., Todo esto cabe en la expresión genérica de que se sirve el artículo 309, porque en todos estos casos faltará la partida.

"El Código francés sólo contempla expresamente el caso de inexistencia y el de pérdida de los registros debidamente acreditados, ya por títulos, ya por testigos (**tant par titres que par temoines**) para admitir la prueba de los matrimo-

nios, nacimientos y defunciones, sea por los registros y papeles emanados del padre y madre fallecidos, sea por testigos (**tant par... que par**); pero todos los autores están sin embargo de acuerdo en que el artículo no es limitativo, y reconocen que sus disposiciones son igualmente aplicables al caso en que los registros hayan sido irregularmente llevados: si presentan vacíos, dejan percibir interrupciones en la anotación de las partidas, o muestran por su estado material que han sido preparados fuéra de tiempo, quizás de memoria; y al caso en que una o muchas hojas han sido rasgadas, destruídas de una manera cualquiera, o han llegado a ser ilegibles, casos en que evidentemente el interesado deberá al mismo tiempo demostrar que la fecha del hecho constitutivo del estado civil que se trata de establecer corresponde a la época en que estas irregularidades se han producido o han debido extenderse las anotaciones correspondientes a las hojas que faltan o que están en malas condiciones.

"Y esta solución la aplican aún al caso en que se alegue que la partida no aparece en el registro, que está debidamente llevado, por una omisión, sea de la persona que debió pedir su anotación, sea del funcionario encargado del registro, si bien no existe la misma uniformidad en la doctrina a pesar de que la jurisprudencia la acepta. En esta opinión se reconoce al juez la facultad de admitir esta prueba cuando se hayan probado previamente la omisión alegada, o más bien las causas que la han producido, prueba que por sí sola será a menudo muy difícil. En una especial fallada por la Corte de Gand, que citan los autores, un marido que no sabía firmar, había declarado al oficial del registro civil la muerte de su mujer; el oficial civil había prometido extender después el acta de defunción y mientras tanto había expedido la licencia para la inhumación; pero resultó que la partida no fue al fin redactada. 'No bastaba alegar esta omisión, dice Huc; era menester comenzar por probar los hechos de que resultaba, es decir que una declaración de muerte había sido hecha al oficial civil, que éste había contestado que iba a redactar la partida y que mientras lo hacía había dado la licencia para la sepultación del cadáver, etc.; y una vez probados estos hechos y establecida así la omisión, el demandante debía ser admitido a probar por todos los medios de prueba, la defunción cuya constatación le interesaba'.

"Dentro de la disposición de nuestro Código que se refiere en términos generales a 'la falta de los referidos documentos', tiene evidentemente amplia aplicación la doctrina anterior y no puede prestarse a las discusiones a que han dado motivo los Códigos que como el francés han particularizado la admisión de otras pruebas al caso de no existir los registros o de adolecer éstos de defectos. Los jueces del pleito tendrán únicamente que distinguir la causa que produce la falta de la respectiva partida para ser más estrictos en la prueba que deben exigir, ya que la simple alegación de no hallarse la partida en el registro en que debe encontrarse podría ser un simple pretexto para tratar de probar el estado civil con una prueba que no reviste los mismos caracteres de seriedad que la que la ley ha establecido para justificar los hechos constitutivos del estado civil". (Luis Claro Solar, "Explicaciones del Derecho Civil Chileno y comparado", T. IV, número 1953, pág. 87).

Según Arturo Alessandri Rodríguez, en el estado actual de la jurisprudencia chilena, ésta afirma que la ley no exige para aceptar la prueba supletoria del estado civil, que se establezca el motivo para el cual faltan las partidas (desaparecimiento, destrucción, etc.). ("Curso de Derecho Civil", Tomo I, número 1208, pág. 849).

Nuestra jurisprudencia registra varios fallos de la Corte en que esta corporación ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los puntos cuestionados. He aquí los extractos de estos fallos:

A.—"Para admitir las pruebas supletorias del estado civil de las personas, es preciso que se dé una demostración completa de la falta de las pruebas principales. Así, por ejemplo, no es bastante un certificado de un párroco, en que conste que no halló una partida de bautismo, sino que debe agregarse la demostración de que el bautismo se hizo en la iglesia que administra el certificante". (Casación, octubre 31 de 1891, VI, 402).

B.—Las actas del registro del estado civil "no pueden ,suplirse cuando ellas faltan, por otros documentos auténticos, y es esto lo que constituye la prueba supletoria del estado civil de las personas, de que trata el artículo 395 del Código Civil, pruebas supletorias que se justifican cuando se demuestra o justifica la falta de las pruebas principales". (Casación, junio 30 de 1935, XLII, 190).

C.—"La ley admite la prueba supletoria para probar el estado civil de las personas, artículos 395, 396, 397, 398 y 399 del C. C., pero esa prueba no es **ad libitum**, como lo dijo la Corte en sentencia de 20 de septiembre de 1935, sino que es

indispensable que se compruebe la falta de las respectivas partidas civiles o eclesiásticas en el registro del estado civil". (Casación, septiembre 20 de 1935, XLII, 135).

"No basta la presentación de un certificado de origen eclesiástico o civil sobre la no existencia de la partida de bautizo para establecer la falta de la prueba principal, sino que es necesaria la demostración del nacimiento de ese individuo en el lugar donde se expide el certificado, sobre la falta de la prueba principal, o por lo menos la prueba de que tal individuo ha vivido siempre en ese lugar. Para esto, para esta demostración son adecuadas no sólo las declaraciones de testigos sino toda clase de documentos. De otro modo cualquiera persona podría, con el certificado notarial o parroquial, expedido por cualquier notario o cura, acudir a la prueba supletoria". (Casación, junio 25 de 1937, XLV, 261).

D.—"No es acertado interpretar el artículo 19 de la Ley 92 de 1938, y lo mismo puede decirse del artículo 395 del C. C., al cual modificó, tomando esos textos en el sentido de que la falta de los documentos que sirven para acreditar el estado civil, sea una falta absoluta, por no haberse producido el documento que exige el legislador, sino en el sentido de su falta relativa, o de hecho. Quiere esto decir que la ley se refiere a la pérdida, por cualquier causa, del documento principal, pérdida que debe acreditarse en cualquiera forma, como sugieren Champeau y Uribe". (Casación, agosto 11 de 1952, LXXIII, 18).

En el estado actual de la doctrina y la jurisprudencia, y con el fin de precisar y fijar el verdadero alcance de ésta, la Sala consagra las siguientes conclusiones:

A.—Para acreditar el estado civil de las personas son admisibles las pruebas supletorias sólo cuando se comprueba debidamente la falta de las respectivas actas, civiles o eclesiásticas, en los libros de registro;

B.—La falta de la partida principal debe certificarse por el párroco o funcionario que haya debido sentar el acta correspondiente, o sea, el del lugar en donde ocurrió el bautizo o nacimiento, matrimonio, muerte. No basta el certificado expedido por cualquier notario o párroco;

C.—La falta de la partida principal puede consistir en la pérdida, extravío o destrucción del acta original, o en que el acta respectiva no se haya sentado en el libro correspondiente por omisión del funcionario encargado de llevar el registro del estado civil o por una causa análoga.

D.—En general, no basta con acreditar la falta de la partida principal en el registro correspondiente, sino que es indispenasble justificar la inexistencia del acta original.

E.—Corresponde a los jueces decidir en cada caso y teniendo en cuenta las circunstancias que se hayan alegado para justificar la falta de la prueba principal, si es admisible o no la prueba supletoria, especialmente cuando ésta es constituída por testigos, exigiendo el mayor rigor en el examen de esta prueba, a fin de que por tal medio no se altere fraudulentamente el estado civil de las personas, cuestión ésta en que se halla de por medio el orden público vinculado a la organización de la familia.

5.—Aplicando la doctrina expuesta en el presente capítulo al caso **sub judice**, la Sala rechaza los cargos examinados, por las siguientes razones:

a) Pastora Sánchez de Landínez al invocar su condición de hija legítima de sus padres Juan M. Sánchez y Mercedes Carmona, debía probar con las respectivas actas de registro del estado civil el matrimonio de aquéllos, su nacimiento y concepción dentro del matrimonio. El hecho de que en la partida de bautismo aparezca como hija legítima de Juan M. Sánchez, no prueba por sí solo la filiación legítima, como lo afirmó correctamente el Tribunal y lo ha sostenido esta Sala. Por este aspecto, no existe error de derecho ni de hecho en la apreciación de tal prueba;

b) El Tribunal desestimó con razón la prueba supletoria del supuesto matrimonio de Juan María Sánchez y Mercedes Carmona, porque no se demostró debidamente la falta de la prueba principal, ya que sólo se allegó un certificado del Cura Párroco de la Catedral de Manizales, según el cual buscada en los libros parroquiales de 1900 a 1910, no se encontró la partida de matrimonio de dichos señores. No se acreditó que en esa Parroquia hubieran contraído matrimonio Sánchez y la Carmona, ni aparece el hecho por el cual no se hallara la partida del supuesto matrimonio. Por otra parte, el mismo Juan María Sánchez declaró ante los jueces que no se había casado con la Carmona, y varios testigos declaran que sólo tuvieron relaciones de concubinos. En estas condiciones no puede decirse que el Tribunal hubiera incurrido en error de hecho o de derecho al desestimar la prueba supletoria del matrimonio, ni que hubiera interpretado erróneamente el artículo 395 del Código Civil;

c) El Tribunal desconoció la filiación legítima de Pastora Sánchez de Landínez, no porque se

hubiera demostrado con declaraciones de testigos que sus padres no estaban casados (hecho negativo), sino porque quien invocó tal estado en las sucesiones de sus padres debía acreditar el matrimonio de éstos en forma legal, cosa que no hizo ni en los juicios mortuorios ni en el presente juicio. Por este aspecto, tampoco se incurrió en errónea apreciación de las pruebas;

d) No es cierto, como afirma el recurrente, que se hubiera extinguido la acción de desconocimiento de la filiación legítima de Pastora Sánchez de Landínez por mandato de los artículos 217, 219, 220, 221 y 222 del C. C., porque como se expuso ampliamente, estas normas sólo se aplican a la acción de impugnación de la legitimidad por desconocimiento de la paternidad del marido de la madre. No se refieren a la impugnación de la legitimidad por inexistencia del matrimonio.

En consecuencia, se rechazan los cargos examinados en este capítulo.

CAPITULO II

La filiación legítima de Julia y Melania Sánchez Carmona

6.—Atrás se ha visto que en virtud de la presunción de paternidad, consagrada en el artículo 214 del Código Civil, los hijos concebidos por la mujer casada durante el matrimonio, se reputan hijos del marido, presunción que sólo puede destruírse dentro de ciertas condiciones y en los casos establecidos en la ley. En vida del marido únicamente éste puede desconocer la paternidad, y después de su muerte, la acción corresponde a toda persona que demuestre interés.

En el caso **sub judice**, el Tribunal llega a la conclusión de que Julia y Melania Sánchez Carmona tienen el estado civil de hijas legítimas de Mercedes Carmona y Pedro Crisólogo Carmona, no obstante que los testigos declaran que ellas fueron habidas durante el amancebamiento de la Carmona y Juan María Sánchez, porque está demostrado: 1º Que Mercedes Carmona había contraído matrimonio católico con Pedro Crisólogo Carmona en la Parroquia de Villamaría el 3 de noviembre de 1881; 2º Que Pedro Crisólogo Carmona falleció el 27 de noviembre de 1901; 3º Que Julia y Melania Sánchez Carmona nacieron respectivamente el 12 de julio de 1890 y el 9 de diciembre de 1899.

El recurrente demandante enjuicia la sentencia por error de derecho en la apreciación de la prueba del matrimonio de Mercedes Carmona y Pedro Crisólogo Carmona, cargo que expone en los siguientes términos:

"Acepta el Tribunal como prueba plena y suficiente del matrimonio de Mercedes Carmona con Pedro Crisólogo Carmona la copia de la partida de origen eclesiástico que figura al fl. 34 del cuaderno número 3 del juicio, y de ahí deduce la legitimidad como hijas de ese matrimonio de Julia y María Melania Sánchez Carmona, citando al efecto el referido artículo 213 del Código Civil.

"Empero se trata, aparte de las diferencias de nombre y apellido del marido, de un documento presentado en copia de copia y no en copia expedida directamente por el respectivo Párroco, encargado del archivo parroquial, y en relación con documentos que tienen el carácter de públicos o auténticos (artículos 22 de la Ley 57 de 1887, 79 de la Ley 153 del mismo año y 1758 del Código Civil), sujetos por consiguiente a la norma del artículo 632 del Código Judicial sobre la forma de presentación en juicio de tales documentos y para los efectos probatorios respectivos.

"Y se le dio tal valor probatorio a la susodicha partida de matrimonio, precisamente para contraponerla a las de bautizo de Julia y María Melania Sánchez, directamente expedidas por los correspondientes Párrocos (artículo 632 del C. J.) y en las cuales aparecen como hijas naturales de Mercedes Carmona. (V. fls. 2 a 4 del cuaderno principal).

"Se comprende así que existe un error de derecho que toca con el mencionado artículo 632 del Código Judicial, relacionado principalmente con la estimación como prueba de la antes mencionada partida de matrimonio. Y que ese error de derecho llevó al Tribunal a la indebida aplicación por parte del Tribunal y al caso del litigio del artículo 213 del Código Civil, citado por el mismo Tribunal, y con infracción directa, en tal virtud de ese precepto legal".

El cargo debe desecharse, porque la copia de la partida de matrimonio de Crisólogo Carmona y Mercedes Carmona fue expedida por el Juzgado 3º Civil del Circuito de Manizales, a solicitud del juez del conocimiento, a quien le fue pedida por la parte demandada, copia tomada con base en la que obra en el juicio ordinario de Juana Julia Carmona contra Pastora Sánchez y otros.

Esta Sala ha sostenido en relación con un caso semejante y en fallo de 28 de febrero de 1955 (LXXIX, 538):

"Pueden ser tenidas como pruebas del estado civil las copias expedidas por el Juez que conoce del juicio de sucesión con base en las que obran

en este juicio, porque la Corte ha sentado la doctrina de que 'son certificaciones auténticas las copias de las partidas de estado civil que se llevan a juicio, no en ejemplar original, sino tomadas de las que figuran en una actuación civil expedidas por el Secretario del Juzgado que custodia el archivo, quien, como tal, les imparte autenticidad". (Casación de 12 de junio de 1928, G. J. Tomo 25, pág. 322)".

No sobra advertir que otras pruebas del proceso indican que Pedro Crisólogo Carmona estuvo casado con la Carmona, las cuales, insuficientes por sí solas para acreditar el matrimonio sí respaldan el juicio del sentenciador sobre la existencia del matrimonio de que dá cuenta la partida supletoria.

Por lo expuesto, no procede el cargo.

CAPITULO III

La personería del apoderado de Estefanía Sánchez Carmona

7.—En sentencia del 19 de agosto de 1954, dijo esta Sala:

"Llámanse presupuestos procesales los requisitos exigidos por la ley para la constitución regular de la relación jurídico-procesal. Sin ellos no puede iniciarse ni desarrollarse válidamente ningún proceso.

"Para obtener cualquier resolución, favorable o desfavorable, sobre el mérito de la acción incoada, deben hallarse reunidos los presupuestos procesales, que son condiciones previas indispensables para que el juez pueda proveer en el fondo del negocio.

"El juez, antes de entrar a conocer de la acción ejercitada y decidir sobre las pretensiones deducidas en el juicio, oficiosamente ha de examinar y declarar si existen o no los presupuestos procesales. Si falta alguno de estos requisitos, el juez debe inhibirse de fallar el fondo del negocio para que las partes puedan hacer valer sus derechos dentro de las normas procesales en rigor, sin que el juzgador pueda entrar en el examen de la acción instaurada. En este caso, las pretensiones del actor son desestimadas por motivos meramente procesales, no por improcedencia sustancial sino por inconducencia formal.

"La falta de uno de tales requisitos constituye no una excepción perentoria de fondo, sino un impedimento procesal.

"La intervención oficiosa del juez en el examen de los presupuestos procesales se deriva del carácter jurídico público de la relación procesal. Efectivamente, en virtud de ésta el juez asume el deber de proveer las demandas de las partes, lo que indica que la relación jurídico-procesal pertenece al derecho público, porque se funda en normas que regulan la función jurisdiccional del Estado".

Según la misma sentencia, uno de los presupuestos procesales es la capacidad procesal o **legitimatio ad procesum**. "Esta es la aptitud para realizar actos procesales con eficacia jurídica en nombre propio o ajeno. Así como en derecho material existe diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar (agere), en derecho procesal existe diferencia entre capacidad para ser parte y capacidad para actuar en el proceso.

"Lo concerniente a capacidad procesal está reglamentado en el Título IV del Libro 2º del Código de Procedimiento Civil.

"Las personas capaces comparecen en juicio por sí mismas o por medio de mandatarios; las personas incapaces por medio de sus representantes legales (C. J., artículo 240), y las personas jurídicas 'por medio de sus representantes constitucionales, legales o convencionales'. (C. J., artículo 250), o sea, por medio de sus órganos competentes.

"La representación procesal de las personas capaces sólo puede hacerse por medio de abogados inscritos, salvo en los casos expresamente exceptuados en la ley.

"La carencia de legitimación procesal puede dar lugar a la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería adjetiva, o a nulidad en el juicio (C. J., artículos 330, 332, 448, 450, 455, 457)".

8.—Por regla general, ninguno puede obrar procesalmente en representación de otro, como su apoderado, sin título de procuración otorgado con las formalidades legales. (C. J., artículo 269).

Sin embargo, la ley prevé el caso de la agencia oficiosa en la actuación procesal, cuyo ejercicio está limitado dentro de ciertas condiciones en los artículos 269 y 270 del Código Judicial.

Así, cuando una persona esté ausente o impedida por alguna causa, para establecer una demanda, cualquiera puede hacerlo jurando la existencia del impedimento y constituyendo caución suficiente para responder de que el sujeto en cuyo nombre obra, ratificará su actuación dentro de dos meses, y de que pagará los perjuicios que se causen al demandado si no obtiene la ratificación. En este caso la actuación por agencia oficiosa se suspende, hecha la notificación de la demanda.

La carencia de legitimación procesal en el apoderado de una de las partes, es causa de nulidad de todos los juicios. (C. J., artículo 448, ord. 2º).

La ilegitimidad de la personería en el apoderado de una de las partes ocurre cuando el que obra en representación de otro carece de poder o cuando el mandato judicial es imperfecto legalmente.

No hay nulidad por ilegitimidad de la personería "cuando resulte claramente de los autos que el interesado ha consentido en que la persona que figura en el juicio como apoderado represente sus derechos, aunque carezca de poder, o éste no se halle arreglado a la ley". (C. J., artículo 450).

Es motivo de casación haberse incurrido en causal de nulidad por ilegitimidad de la personería en el apoderado de una de las partes. (C. J., artículos 448, ord. 2º, y 520, ord. 6º).

La ilegitimidad de la personería en el apoderado de una de las partes es motivo de casación como error **in procedendo**, no como error **in iudicando**, desde luego que la sentencia se acusa no con base en una violación de la ley sustantiva sino en un quebrantamiento de las normas procedimentales atinentes a la constitución regular de la relación jurídico-procesal. Ya se ha visto que la ilegitimidad de la personería en el apoderado de una de las partes, vicia la relación jurídico-procesal por carencia de uno de los presupuestos procesales.

Pero la Corte en jurisprudencia constante y reiterada ha dicho que sólo la parte indebidamente representada puede alegar en casación la nulidad del juicio por tal motivo. (Casación, noviembre 25 de 1946, LXI, 443; marzo 5 de 1948, LXIV, 39; julio 13 de 1954, LXXVIII, 58).

9.—Examinados los cargos a que se refiere el presente capítulo, conforme a la doctrina expuesta, la acusación debe rechazarse:

a) Porque aún en el supuesto de que existiera ilegitimidad de personería en el apoderado judicial de la demandante Estefanía Sánchez Carmona, y el proceso estuviera viciado de nulidad por tal causa, no podría ser alegado como motivo de casación por la parte demandada;

b) Porque habiendo considerado el Tribunal que la circunstancia de que inicialmente el doctor Alfonso Quintero Osorio careciera de poder para representar a Estefanía Sánchez Carmona, sólo constituía una **"informalidad procedimental"** que desapareció con el otorgamiento posterior del poder y la ratificación tácita de la actuación del apoderado, por parte de aquélla, y se saneó así el vicio observado en la formación de la relación jurídico-procesal, tal consideración del sentenciador no podía atacarse con invocación de la causal primera de casación como error **in iudicando** por una supuesta infracción de las normas sustantivas sobre mandato y agencia oficiosa citados por el recurrente.

Por lo expuesto, se rechazan los cargos examinados en el presente capítulo.

CAPITULO IV

Incongruencia del fallo respecto de las peticiones de Estefanía Sánchez Carmona

10.—La acción de petición de herencia —ha dicho esta Sala— es "la que tiene quien se crea heredero de una persona fallecida, contra el que pretende o tiene la herencia llamándose heredero, con el fin de que se le reconozca esta calidad, como sucesor único o concurrente, y se le restituya la herencia".

"Es acción que tiene de **personal** en cuanto tiende al reconocimiento de un estado civil —el de heredero—; y de **real**, en cuanto persigue, primero, la restitución de la universalidad y luégo la de los bienes que posea el sucesor putativo. (artículo 1321, C. C.). Para unos es personal con efectos restitutorios; para otros, real, porque se refiere esencial y directamente a la cosa universal y puede oponerse a todos; para otros, mixta, porque tiene de estado civil y de restitución; por último prescindiendo de la clasificación tradicional de acciones personales y reales, se trata de una **principal**, relativa al carácter de heredero, y una **secundaria**, encaminada a la restitución de la herencia o de los bienes". (Casación, febrero 28 de 1955, LXXIX, 542).

Aun cuando generalmente se afirma que la acción de petición de herencia no es divisible, es lo cierto que por el aspecto **personal**, en cuanto se discute el reconocimiento de un estado civil entre demandante y demandado, "cuando la acción se entable por diversos interesados, cada uno obra dentro de los límites de su propio interés y por su cuenta, sin representar a los demás, y sin que a éstos favorezca o perjudique la actitud de los otros en el juicio". (Planiol y Ripert, "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", Tomo IV, número 322, pág. 383).

De lo anterior se concluye que si varios interesados, alegando el reconocimiento de un estado civil determinado, promueven la acción de petición de herencia contra quien la ocupa por vir-

tud de un título concurrente, y sólo logran demostrar su calidad de herederos varios de los demandantes, no por esto se disminuye el derecho hereditario de los demandantes que acreditaron su estado, ni se aumenta el derecho hereditario del demandado que sólo demostró un título concurrente. Es la ley que señala la vocación hereditaria, la que determina los derechos de los sucesores enfrentados e indica en consecuencia la cuota de lo que debe restituir, en cada caso.

11.—En el caso **sub judice,** las demandantes Julia, Melania y Estefanía Sánchez Carmona, alegando su condición de hijas naturales de Juan Francisco Sánchez y Mercedes Carmona, demandaron a Pastora Sánchez de Landínez, para que se les reconociera un derecho hereditario igual al de la demandada en su condición de hija natural de los mismos causantes, pero en el proceso sólo logró acreditar su estado civil invocado la última de las nombradas.

El Tribunal reconoció a Estefanía derecho hereditario o igual al que corresponde a su hermana natural Pastora, y ordenó a ésta restituir la mitad de los bienes hereditarios que poseía como heredera aparente exclusiva.

El recurrente no ataca esta consideración del Tribunal por el aspecto de violación de la ley, sino con base en la causal segunda de casación, por el aspecto formal, estimando que Estefanía había limitado o restringido sus peticiones a lo que le correspondiera en concurrencia con las codemandantes Julia y Melania.

Pero por este aspecto tampoco prospera la acusación, ya que en el libelo se pide por las tres demandantes que se condene a la demandada a restituir "los derechos que a éstas les correspondan en los bienes" poseídos por Pastora. El Tribunal no dictó un fallo incongruente con las súplicas de Estefanía al conceder a ésta el derecho que le corresponde de acuerdo con la ley.

El cargo es infundado.

CAPITULO V

Prueba de los elementos de la reivindicación

12.—El recurso de casación se funda en la consagración de un verdadero derecho subjetivo de anulación concedido a los particulares contra determinadas sentencias a causa de violación de la ley. Con la finalidad de interés público de uniformar la jurisprudencia nacional, al través de una recta y adecuada interpretación de la ley hecha por el más alto tribunal de justicia de la República, se concede a los particulares que se crean agraviados por las sentencias de última instancia de los tribunales superiores, la facultad de acusarlas ante la Corte para que ésta con ocasión de tal interés privado pero con el fin público de la defensa de la ley, decida si ésta ha sido infringida en el fallo denunciado, conforme a los cargos del recurrente, que constituyen la **causa petendi** de la acción de impugnación. Cuando por virtud de la casación se infirma por la Corte una sentencia, el interés público no queda satisfecho con la aplicación concreta del derecho objetivo, sino en cuanto la invalidación de la parte resolutiva del fallo que interesa al recurrente, sin afectar por sí el interés del Estado, sólo puede cumplirse mediante el examen de los cargos sobre errónea aplicación de la ley al través de la reprobación de la equivocada interpretación jurisprudencial en que se basa la decisión del fallador de instancia.

Concedido el recurso de casación como el ejercicio de un derecho de impugnación contra las sentencias, lo cual constituye el objeto propio de la decisión de la Corte, se explica claramente el origen de las limitaciones en cuanto a los poderes de conocimiento de la misma al juzgar a virtud de este recurso extraordinario.

De tales limitaciones resulta:

1º Que no siempre la existencia de una errónea aplicación de la ley en la parte motiva de la sentencia, produce la ilegalidad de la parte resolutiva, ya que, por ejemplo, la decisión puede apoyarse sobre diversos motivos de derecho, independientes unos de otros, de tal suerte que el error jurídico respecto de alguno o algunos de ellos no sea bastante a destruir la legalidad de la sentencia, que se sostiene en otras consideraciones no equivocadas. En estos casos en que la existencia del error denunciado no se encuentra en relación de causalidad con la ilegalidad de la decisión (**error causalis**), la parte vencida carece de interés en colocar bajo la censura de la Corte, el error jurídico en que el sentenciador de instancia haya incurrido, porque aun cuando se reconociera la existencia del error, no por ello vendría a invalidarse el fallo que no puede considerarse como efecto necesario de la errónea aplicación de la ley.

2º Que la Corte no puede examinar de oficio defectos de la sentencia que no hayan sido denunciados formalmente por el recurrente, y decidir la invalidación del fallo por errores no invocados en la demanda de casación. En casación el objeto de la sentencia de la Corte es la exis-

tencia de una concreta voluntad de la ley que garantice el interés del recurrente en obtener la infirmación del fallo acusado. El recurrente ejercita un derecho de impugnación contra la sentencia, fundado sobre los vicios singulares de ésta que él denuncie en su demanda. Dice el procesalista Piero Calamandrei que "de la misma manera que el derecho de impugnación de un negocio de derecho privado se concreta por la existencia de un hecho jurídicamente relevante, esto es, por la existencia de un vicio que la ley considera como motivo de anulabilidad, así el derecho de casación de una sentencia se apoya sobre la existencia de una determinada violación de ley, la cual cuando este derecho es hecho valer ante el juez, constituye la **causa petendi** de la acción de impugnación, esto es, uno de los elementos en los cuales la acción misma se individualiza y se hace reconocible frente a cualquier otra acción. Cada error de interpretación existente en la sentencia es el hecho constitutivo de un separado derecho de impugnación; y como el recurrente, al denunciar un determinado vicio de la sentencia, pretende con ello hacer valer el derecho de impugnación nacido de este vicio singular, no podría la Corte de casación anular la sentencia por un vicio diverso del denunciado, sin juzgar sobre una acción absolutamente diversa de la que se hace valer y sin incurrir por tanto en **extra petita**". (Piero Calamandrei, "La Casación Civil", T. II, número 75, pág. 173).

Así, cuando se acusa una sentencia por error **in iudicando**, la Corte dentro del ámbito señalado en la demanda de casación, debe limitarse a examinar: si entre el error denunciado y la correspondiente decisión existe la necesaria relación de causalidad, y si está comprobada la infracción de la ley. La invalidación del fallo sólo puede pronunciarse cuando al no haber existido el error denunciado y demostrado, la decisión del sentenciador de instancia habría sido diferente. Es preciso, pues, que el quebrantamiento de la ley, esté en relación de causalidad con la decisión contenida en la sentencia acusada, de tal suerte que el reconocimiento de la violación tenga un valor práctico.

Así, en los casos de derechos subordinados a dos o más requisitos, si la sentencia ha negado la existencia de todos los requisitos, y la violación denunciada en casación se refiere solamente a uno de ellos, no puede invalidarse la decisión, porque ésta de todas maneras se fundaría en la inexistencia de los otros requisitos. Tal ocurre, por ejemplo, cuando en la acción reivindicatoria, la sentencia ha negado a la vez el dominio en el actor y la posesión en el reo; o cuando en la acción indemnizatoria por culpa aquiliana, se ha desconocido simultáneamente la existencia de la culpa y del daño, o cuando en la acción pauliana respecto de contratos onerosos no aparece ni el **consilium fraudis** ni el **eventus damni.** El error invocado por el recurrente que se refiera a una sola de las condiciones, no aparece como **causa única** de la sentencia impugnada, porque aún aceptado como exacto el motivo alegado, la sentencia siempre se sustentaría en otros fundamentos no impugnados.

De acuerdo con la anterior doctrina, esta Sala ha sostenido en jurisprudencia constante y reiterada que cuando el recurrente acusa la sentencia por errores **in iudicando** con base en la causal primera, la Corte no tiene necesidad de entrar al estudio de los motivos alegados para sustentar la violación, si la sentencia tiene como soporte una apreciación que, aun cuando errónea, no ha sido atacada en casación y que por sí sola era suficiente para sustentar la decisión contenida en el fallo acusado. (Casación, marzo 23 de 1918, XXVI, 250; julio 19 de 1918, XXVII, 12; julio 29 de 1918, XXVII, 23; agosto 20 de 1918, XXVII, 52; agosto 2 de 1919, XXVII, 264; abril 23 de 1920, XXVIII, 26; marzo 7 de 1951, LXIX, 632; junio 7 de 1951, LXIX, 683; abril 22 de 1952, LXXI, 737; mayo 12 de 1952, LXXII, 93; mayo 7 de 1953, LXXV, 52; junio 18 de 1953, LXXV, 339; junio 30 de 1953, LXXV, 411 y 412; agosto 30 de 1954, LXXVIII, 391).

13.—Según aparece de los apartes anteriormente transcritos del fallo recurrido, la decisión absolutoria del Tribunal se funda en una consideración de derecho y en tres consideraciones de hecho.

Por una parte, el Tribunal estimó que para la prosperidad de la acción reivindicatoria respecto **del inmueble enajenado por la heredera aparente** y poseído por un tercero, debían estar demostrados todos los elementos de la acción de dominio, y en consecuencia era necesario que se acreditara la propiedad de la causante Mercedes Carmona sobre el fundo de "La Bella".

Y por otra parte, el Tribunal en el análisis de las pruebas, llegó a la conclusión de que por la parte actora no se acreditaron tres de los requisitos estructurales de la acción reivindicatoria, a saber: dominio de la causante, posesión en el demandado Benjamín López e identificación de la **finca.**

El demandante recurrente ataca la sentencia en

cuanto a la apreciación de la prueba respecto de la posesión y la identificación, pero no presenta cargo alguno relacionado con la carencia de prueba de la propiedad.

En concepto del recurrente, el punto "genuinamente determinante de la decisión misma del Tribunal", fue la falta de prueba sobre la identificación del inmueble y la posesión del demandado López. Expresamente declara que no entra a discutir los otros razonamientos del sentenciador, no por aceptarlos, "sino por cuanto de ellos no deduce consecuencia alguna el Tribunal que trascienda a la decisión misma del litigio y por cuanto los presenta además como de orden subordinado y secundario al hacer uso de la expresión: 'Pero aún si se hace caso omiso de estas exigencias' ".

La Sala no comparte esta interpretación del fallo, pues como aparece claramente de los apartes que al resumir la sentencia recurrida se dejan transcritos, el Tribunal sostiene que no se demostró que la finca "La Bella" perteneciera al tiempo de su muerte a Mercedes Carmona, ni que Pastora Sánchez la hubiera enajenado. "Resulta **también** que no está demostrado que los demandados sean los poseedores de la mencionada propiedad ..". "**Tampoco** se identificó la finca que ocupa Benjamín López como la misma que se demanda en reivindicación...", agrega el Tribunal.

En estas condiciones, conforme a la doctrina atrás expuesta, aún en el supuesto de que aparecieran demostrados los cargos formulados por el recurrente respecto de la prueba sobre la identificación y posesión, la acusación no tendría virtualidad suficiente para determinar la casación del fallo que mantendría su firmeza en la otra consideración de hecho no atacada ante la Corte.

Talvez no sobra repetir que el Tribunal exigió que la actora acreditara el dominio de la finca por parte de la causante Mercedes Carmona, debido a que no se trajo prueba idónea para probar que el inmueble poseído por Benjamín López tenía una cadena de tradiciones uno de cuyos eslabones era la venta de la heredera aparente a terceros que después vendieron al demandado.

No prospera el cargo.

Resolución

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, de fecha 26 de agosto de 1954, dictada en el presente juicio.

Las costas del recurso en cuanto a la oposición formulada por el demandado Benjamín López, son de cargo de la recurrente demandante.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Manuel Barrera Parra — José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez. — Julio Pardo Dávila. Ernesto Melendro Lugo, Srio.

JUICIO DE VENTA O ADJUDICACION DE LOS BIENES HIPOTECADOS. — ACCION ORDINARIA SOBRE NULIDAD DEL JUICIO HIPOTECARIO

1.—El juicio de venta o adjudicación de los bienes hipotecados está reglamentado por el título XIII del Código Judicial y tiene por objeto hacer más rápido el pago al acreedor, cuando se ejercita la acción real que dá al acreedor hipotecario el derecho de perseguir la finca hipotecada sea quien fuere el que la posea y a cualquier título que la haya adquirido (artículo 2452 del Código Civil). Se trata de un juicio especial, dentro de los juicios especiales que la ley reglamenta, y que si tiene alguna semejanza con el juicio ejecutivo, se distingue de éste por muchos aspectos fundamentales.

La demanda se presenta contra quien figura como titular del derecho de dominio de la finca hipotecada, de acuerdo con el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos del lugar en donde esté ubicada la finca, certificado que debe presentarse con la demanda; y quien figure en el certificado como propietario de la finca será el demandado, aún cuando el deudor sea otro, porque en este juicio no se ejercita la acción personal contra quien debe, sino la acción real hipotecaria contra quien tenga la finca en su patrimonio. Con ese demandado se seguirá el juicio hasta cuando se termine, por pago al acreedor, bien sea en dinero por haberse hecho la venta de la cosa hipotecada en público subasta, o por haberle sido adjudicada por cuenta de su crédito. Como en todo juicio, existe en éste especialísimo de venta de la cosa hipotecada, el derecho para que la parte que no fue legalmente notificada o emplazada, o no estuvo debidamente representada, pueda pedir que en juicio ordinario se declare la nulidad de tal juicio, cuando exista alguna de las causales que dan lugar a la nulidad de lo actuado (artículo 457 del Código Judicial).

2.—Quien acude ante la justicia para pedir que se declare nulo un juicio por no haber sido notificado legalmente, está en la obligación de demostrar que fue parte en el juicio y que se omitió hacerle la notificación legalmente; y la única forma de demostrarlo es presentando al juicio ordinario los documentos fidedignos que tales cosas establezcan. Estos documentos no pueden ser otros que el expediente mismo que contiene el juicio cuya nulidad se pide; en esta materia no puede aceptarse como prueba la manifestación que hagan quienes intervinieron en el litigio, en el sentido de que se omitió el cumplimiento de cualquiera de los requisitos que la ley exige para la debida tramitación de los juicios. Tal declaración no es una confesión como equivocadamente lo estima el Tribunal, porque no se trata del reconocimiento de un hecho propio de quien lo hace y que le es perjudicial.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, octubre trece de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila)

Manuel S. Gómez y Clara Rosa Agudelo contrajeron matrimonio católico en la iglesia parroquial de Copacabana el 24 de octubre de 1888 y de ese matrimonio nacieron varios hijos, entre otros Manuel Ernesto Gómez Agudelo.

Clara Rosa Agudelo falleció en el mes de noviembre de 1938; tres meses después del fallecimiento de su esposa Clara Rosa Agudelo, es decir, el 9 de febrero de 1939, Manuel S. Gómez contrajo matrimonio católico con Filomena Hernández, en la ciudad de Medellín.

Durante la existencia de la sociedad conyugal Gómez Agudelo, el cónyuge Manuel S. Gómez adquirió a título oneroso bienes raíces y contrajo varias deudas que garantizó con hipoteca sobre algunos de esos bienes.

El acreedor hipotecario de Manuel S. Gómez, o sea La Mutualidad Nacional S. A., inició un juicio especial con acción real para hacer efectivas las obligaciones a cargo de su deudor Manuel S. Gómez, y en tal juicio se verificó el día tres de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, ante el juez del circuito de Girardota, el

remate de varias fincas, que le fueron adjudicas a la Mutualidad Nacional S. A. y por cuenta de los créditos a su favor.

Se afirma en la demanda que el juicio especial lo inició Mutualidad Nacional S. A., antes de la muerte de Clara Rosa Agudelo y que el remate se verificó después del fallecimiento de dicha señora, sin que los herederos hubieran sido citados a dicho juicio.

Verificado el remate y una vez que fue aprobado y registrada la correspondiente acta, la Mutualidad Nacional S. A., otorgó escritura de venta en favor de Filomena Hernández, la segunda esposa de Manuel S. Gómez, de dos de las fincas que había adquirido en el remate.

La venta de la Mutualidad Nacional S. A. a Filomena Hernández de Gómez obedeció al convenio privado que dicha sociedad y Manuel S. Gómez habían celebrado y que aparece de los documentos que, reconocidos por los otorgantes, obran en el expediente, y de acuerdo con los cuales el demandado en el juicio especial de venta de la cosa hipotecada, Manuel S. Gómez, se comprometió a no obstaculizar el curso del juicio y en cambio la entidad demandante Mutualidad Nacional S. A., se obligó a trasferir a título de venta a Filomena Hernández las dos fincas conocidas con los nombres de "La Tolda" y "Sedeco", "sin que la señora Hernández de Gómez tenga que entregar por ellos suma alguna de dinero, pues la Mutualidad dará por recibido el precio que se les fije en las correspondientes escrituras, el cual equivale a la prestación que este contrato impone a la Mutualidad Nacional", según reza el documento privado de fecha 4 de septiembre de 1942.

Esta es la síntesis de los hechos sobre los cuales Manuel Ernesto Gómez Agudelo en demanda presentada ante el juez del circuito en lo civil de Girardota, pide que "previos los trámites legales del juicio de mayor cuantía, pues estimo ésta en más de cinco mil pesos ($ 5.000.00) y con audiencia de los demandados Filomena Hernández de Gómez, Manuel S. Gómez y Ricardo Cano L., en su carácter de liquidador de la Mutualidad Nacional S. A., se hagan las siguientes declaraciones:

"'Primera.—Que es nulo de nulidad absoluta o relativa la venta que hizo la Mutualidad Nacional S. A. (hoy en liquidación) a Filomena Hernández de Gómez por medio de la escritura Nº 2158 de 29 de octubre de 1942 de la notaría 3ª de Medellín, por simulada y obedecer a un pacto secreto, ilegal o ilícito y por falta del precio por parte de la supuesta compradora.

"Segunda.—Que son propiedad de la sucesión ilíquida de Clara Rosa Agudelo o en subsidio de la sociedad disuelta e ilíquida de Clara Rosa Agudelo y Manuel S. Gómez, los bienes raíces determinados en esta demanda y relacionados en la escritura citada en el numeral anterior.

"Tercera.—Que Filomena Hernández de Gómez debe restituir a la sucesión de Clara Rosa Agudelo o a la sociedad conyugal de Clara Rosa Agudelo y Manuel S. Gómez, disuelta e ilíquida, los bienes especificados en la demanda y de que dá cuenta la escritura citada en el numeral primero de la parte petitoria con sus frutos naturales y civiles percibidos y que se hubieran podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, considerándolos poseedores (sic) de mala fe.

"Cuarta. — Que es nulo el juicio hipotecario y por ende, el remate de los bienes, verificados en este juicio con fecha 3 de febrero de 1942 por la Mutualidad Nacional S. A. en liquidación hoy, juicio iniciado por la expresada sociedad contra Manuel S. Gómez el 27 de noviembre de 1933, limitando expresamente la declaración de esta nulidad al remate de los dos inmuebles especificados en esta demanda y esto en el caso de que se hiciere expresa declaración de carencia de interés jurídico por parte de la Mutualidad respecto a los bienes que se pretende reivindicar, pues si no se hiciere, la declaración la hago extensiva a todos los bienes rematados.

"Que se condene en costas, si se diere lugar al juicio.

"No sobra advertir que de este juicio ya conoció el H. Tribunal y lo decidió de conformidad, pero la H. Corte Suprema casó la sentencia y declaró probada la excepción temporal de petición de modo indebido, por no haberse dirigido la demanda también contra Manuel S. Gómez".

El fallo de primera instancia fue adverso a las peticiones del demandante, pues el juez del circuito en lo civil de Girardota, en sentencia de fecha 15 de abril de 1953 **resolvió:**

"1º—Por falta de pruebas no se hacen las declaraciones formuladas en la demanda;

"2º—Cancélase la inscripción de la demanda, para lo cual se librará oportunamente el oficio del caso al señor registrador de instrumentos públicos y privados de este **circuito;**

"3º—No se hace especial condenación en costas".

Contra la anterior sentencia interpuso el recurso de apelación la parte actora, y el Tribu-

nal Superior del Distrito Judicial de Medellín puso fin a la segunda instancia por fallo de fecha 17 de febrero de 1954, que dice así en la parte resolutiva:

"En mérito de lo expuesto, este Tribunal, en Sala de decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia de fecha y procedencia indicadas, y en su lugar,

Resuelve:

"1º—Se declaran no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada al contestar el respectivo libelo;

"2º—Se declara nulo el juicio hipotecario promovido el veintisiete de noviembre de mil novecientos treinta y tres ante el juzgado civil del circuito de Girardota por Mutualidad Nacional S. A., hoy en liquidación, contra el señor Manuel S. Gómez, y por ende el remate verificado por la misma sociedad en el citado proceso, el tres de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, pero con la advertencia de que los efectos de esta declaración se limitan a los dos bienes inmuebles ubicados en el municipio de Copacabana y singularizados en la forma expresada en el hecho fundamental del libelo demandador (sic) marcado con el ordinal cuarto;

"3º—Se condena a Filomena Hernández de Gómez como ocupante de los dos inmuebles citados a restituírselos a la sociedad conyugal Gómez—Agudelo", hoy disuelta e ilíquida;

"4º—Como consecuencia de la anterior declaración, se ordena la cancelación de la inscripción de la diligencia de remate verificado el 3 de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, ante el juzgado civil del circuito de Girardota, y del auto aprobatorio del mismo;

"5º—Para los efectos de las prestaciones mutuas, la señora Hernández será considerada como poseedora de buena fe;

"6º—No hay lugar a hacer las demás declaraciones;

"7º—Las costas de ambas instancias son de cargo de la parte vencida".

Según los términos de la sentencia, ésta fue favorable al demandante en cuanto declaró nulo el juicio hipotecario promovido por Mutualidad Nacional S. A. contra Manuel S. Gómez y nulo también el remate verificado en dicho juicio el 3 de febrero de 1942, en el cual se le adjudicaron a la entidad demandante, entre otros bienes, los dos que fueron determinados por el actor en el hecho cuarto de la demanda, y ordenó que Filomena Hernández de Gómez debía restituir esos inmuebles a la sociedad conyugal ilíquida "Gómez-Agudelo", y fue desfavorable al demandante la misma sentencia porque en el numeral sexto dijo que no había lugar a hacer las demás declaraciones, es decir, aquellas en las que el demandante pedía que fuera declarada la simulación del contrato por medio del cual Mutualidad Nacional S. A. trasfirió a título de venta a Filomena Hernández de Gómez el derecho de dominio en los dos inmuebles materia del pleito.

El actor Manuel Ernesto Gómez no interpuso recurso de casación contra la parte de la sentencia que le fue desfavorable, lo que equivale a decir que aceptó la sentencia en esa parte; en cambio el presente recurso de casación fue interpuesto por los demandados Manuel S. Gómez y Filomena Hernández de Gómez, y como el recurso ha recibido la tramitación que le corresponde, procede la Corte a resolverlo, repitiendo que el recurso se refiere únicamente a la parte de la sentencia que declaró nulo el juicio hipotecario que adelantó Mutualidad Nacional S. A. contra Manuel S. Gómez y por ende el remate verificado en tal juicio el 3 de febrero de 1942, ordenó a Filomena Hernández de Gómez restituir las fincas a la sociedad conyugal ilíquida "Gómez-Agudelo" y dispuso cancelar la inscripción en la Oficina de Registro correspondiente, tanto del acta de remate como del auto aprobatorio del mismo, pues fue ésta la parte de la sentencia desfavorable al recurrente.

La sentencia recurrida

Dice el Tribunal, en la parte del fallo que se refiere a la acción de nulidad del juicio hipotecario promovido por Mutualidad Nacional S. A. contra Manuel S. Gómez y dentro del cual se verificó el remate de los dos inmuebles conocidos con los nombres de "La Tolda" y "Sedeco", que se adjudicaron a la sociedad demandante, que en los autos aparece plenamente establecida la constitución de la sociedad conyugal Gómez-Agudelo, por el matrimonio que contrajeron Manuel S. Gómez y Clara Rosa Agudelo en el año de 1888; que dentro de ese matrimonio fueron procreados varios hijos, entre los cuales se encuentra el actor en este juicio, Manuel Ernesto Gómez; que la sociedad conyugal citada se disolvió en el año de 1938, por la muerte de la cónyuge Clara Rosa Agudelo; que durante la existencia de la sociedad conyugal el marido Manuel

S. Gómez adquirió a título oneroso los dos bienes raíces que posteriormente fueron adjudicados en remate a la Mutualidad Nacional S. A., y que dicha sociedad vendió luego a Filomena Hernández de Gómez, y agrega:

"La existencia del juicio hipotecario promovido por Mutualidad Nacional S. A. contra el cónyuge Manuel Salvador Gómez, es un hecho innegable a la luz de las distintas constancias que arroja el proceso", y continúa el Tribunal:

"Aceptada la existencia del juicio hipotecario promovido por Mutualidad Nacional S. A. contra el señor Manuel Salvador Gómez, es preciso saber a ciencia cierta si el proceso fue tramitado con observancia de las normas procesales de rigor, o, si por el contrario, se incurrió durante su tramitación en alguna causal de nulidad que lo invalida. Para saber si el juicio fue tramitado correctamente, es preciso hacer algunas breves observaciones:

"A la luz de las observaciones hechas en el curso de esta providencia y de las distintas constancias procesales, es innegable que los bienes inmuebles rematados en el juicio hipotecario pro movido ante el juzgado civil del circuito de Girardota por Mutualidad Nacional S. A. contra el cónyuge Manuel S. Gómez eran de propiedad exclusiva de la sociedad conyugal "Gómez-Agudelo"; que muerta la cónyuge Clara Rosa Agudelo, tales inmuebles continuaron de propiedad de la misma sociedad ya disuelta e ilíquida; que la representación de esta entidad ya no era privativa del jefe nato de la antigua sociedad conyugal sino de ésta, representada ya por los herederos de la cónyuge fallecida; y que por ende, no se debió haber continuado la ejecución después de la muerte de la señora Clara Rosa Agudelo de Gómez, sin haberse llenado la formalidad prescrita por el artículo 1434 del C. C., cuyo tenor literal es el siguiente:

'Los títulos ejecutivos contra el difunto lo serán igualmente contra los herederos; pero los herederos no podrán entablar o llevar adelante la ejecución, sino pasados ocho días después de la notificación judicial de sus títulos".

"A pesar de la clara doctrina establecida en este artículo y de la terminante prohibición hecha allí, el juicio hipotecario continuó su curso sin llenarse las formalidades prescritas por el legislador, razón por la cual se incurrió en la 3ª causal de nulidad contemplada por el artículo 451 del C. de P. Civil.

"Para aceptar la tesis anterior es suficiente observar que la cónyuge doña Clara Rosa Agudelo de Gómez falleció en la población de Copacabana el 28 de noviembre de 1938; que en la fecha en que ocurrió la muerte de la nombrada cónyuge el juicio hipotecario promovido por la Mutualidad Nacional S. A. contra el señor Manuel S. Gómez ante el juzgado civil del circuito de Girardota, se encontraba tramitándose en este despacho; que la tramitación del aludido juicio fue sumamente larga quizá debido a la vigencia de las leyes sobre moratoria de deudas y también a los múltiples recursos empleados por el ejecutado quien, a la postre, se obligó con la parte ejecutada (sic) a no entorpecer la marcha del proceso e inclusive a renunciar a toda clase de defensa con la mira de obtener una ventaja en provecho de su esposa Filomena Hernández y en contra de la sociedad conyugal "Gómez-Agudelo", ya disuelta e ilíquida; que el remate sólo se llevó a efecto el 3 de febrero de 1943 (sic). Debió decirse 1942) ante el juzgado civil mencionado; que en el juicio hipotecario tántas veces citado, sólo figuró, desde el principio hasta el fin, como demandado, el señor Manuel S. Gómez sin que hubiera habido intervención alguna de los herederos de la cónyuge doña Clara Rosa Agudelo de Gómez, según la propia confesión hecha tanto por aquél como por la empresa demandante; y que la contraprestación que movió a Gómez a la celebración del pacto constante en los documentos privados firmados el 28 de enero y el 4 de septiembre de 1942, respectivamente, instrumentos que aparecen a los fls. 48, 49 y 51 del expediente y los cuales fueron reconocidos tanto por el liquidador Cano (fl. 53 vuelto) como por el cónyuge ejecutado, fue la de obtener, mediante un fraude a la ley, que varios bienes raíces pertenecientes a la sociedad conyugal "Gómez-Agudelo", disuelta e ilíquida, entraran al patrimonio de su segunda esposa por interpuesta persona. Esta formalidad hacía necesaria la omisión de la citación personal de los herederos de la señora Clara Rosa Agudelo. Las estipulaciones contenidas en estos documentos demuestran nítidamente que en el proceso a que se viene haciendo alusión no intervinieron para nada los herederos de la cónyuge Clara Rosa Agudelo de Gómez. La falta de la intervención de los citados herederos aparece ampliamente corroborada con las declaraciones hechas en la escritura pública número 3253, otorgada en la notaría de este circuito el 21 de noviembre de 1944, por el representante de la Mutualidad Nacional S. A., y varios de los herederos de la señora Clara Rosa Agudelo".

La demanda de casación

Dice el recurrente:

"Demando la casación del fallo a que vengo refiriéndome por el motivo primero del artículo 520 del C. J., por el aspecto de haber errores de hecho en la apreciación de las pruebas a consecuencia de los cuales se violó la ley por aplicación indebida e interpretación errónea, y por violación de la ley sustantiva".

En el capítulo II de la demanda, dice el recurrente:

"Acuso: incurrió el Tribunal en error de hecho evidente al apreciar las distintas pruebas que obran en el expediente —de que luego haré mención— y deducir de ellas no sólo la existencia del juicio de venta de bienes hipotecados de la Mutualidad Nacional S. A. contra Manuel S. Gómez, sino también deducir que en él se procedió de manera anormal, continuando la actuación del juicio, después de muerta Clara Rosa Agudelo, esposa del deudor, sin notificar los títulos de la deuda a los herederos de la Agudelo. Y cometió también evidente error de hecho al encaminar las pruebas con que se quiso demostrar la simulación a probar irregularidades en el juicio, capaces de acarrear la nulidad que decretó el fallo.

"Clara Rosa Agudelo murió en 1938 y el juicio se promovió el 27 de noviembre de 1933, es decir, cinco años antes de su defunción, sin que se encuentre otro dato en el expediente sobre la existencia del juicio y su iniciación, que lo dicho por el actor en el hecho 5º de la demanda. Si el juicio se inició en 1933 y Clara Rosa Agudelo murió en 1938, es de lógica suponer que llevaba cinco años de actuación a su muerte.

"El Tribunal decretó la nulidad de todo "el juicio hipotecario promovido el 27 de noviembre de mil novecientos treinta y tres" y en caso de que hubiera sido posible decretar la nulidad, ésta no habría podido ser, sino a partir del fallecimiento de la esposa del deudor demandado".

Transcribe en seguida el recurrente la parte del fallo en que el Tribunal apoya sus conclusiones, que es la misma copiada en este sentencia, y que le sirve para hacer un análisis de las pruebas que tuvo en cuenta el sentenciador en la instancia para decidir que el juicio seguido por la Mutualidad Nacional S. A. contra Manuel S. Gómez es nulo desde su iniciación, porque no se notificó a los herederos de Clara Rosa Agudelo de Gómez el título ejecutivo. Se expresa así:

"Como se ve, por la trascripción hecha, el Tribunal procedió sobre la hipótesis que se forjó de la falta de notificación a los herederos y así su preidea fue tomando vida hasta arribar a las absurdas conclusiones a que llegó. Dice por ejemplo, que 'quizá' el juicio fue sumamente largo por los múltiples recursos empleados por el ejecutado, o 'quizá' por la ley de moratoria de deudas; que en el juicio hipotecario sólo figuró como demandado Manuel S. Gómez sin intervención de los herederos de Clara Rosa Agudelo "según la propia confesión hecha tanto por aquel como por la empresa demandante". Es decir, sin existir en el expediente una copia auténtica del juicio hipotecario para poder estudiar en él las irregularidades que pudieran existir, se las imagina; para deducir que en el juicio no actuaron los herederos de Clara Rosa Agudelo, acude a pruebas o datos extraños al mismo hecho de la existencia de la notificación de los títulos, datos que no podía encontrar sino en el mismo expediente del juicio de venta, expediente que no fue traído a este juicio ni original ni en copia auténtica, ni en ninguna forma. Y si no existe en el expediente la prueba de la falta de notificación a los herederos, mal podría el fallador anular el juicio de venta por faltar esa notificación. Dentro de la tesis errónea de la sentencia, anular todo el juicio es un adefesio tremendo; dentro de su tesis inválida, sólo habría podido anular el juicio hipotecario a partir de la fecha de la muerte de Clara Rosa Agudelo, fecha en que el Tribunal consideró imperfecta la representación en dicho juicio.

"Basado en qué razones, pues, anuló la sentencia la actuación del juicio hipotecario comprendida entre los años de 1933 y 1938? Averígüelo Vargas.....

"Bien pudiera suceder que a los herederos de Clara Rosa Agudelo no se les hubiera hecho la notificación del artículo 1434 citado, pero no sería raro que de alguna manera se hubieran hecho sabedores del título ejecutivo y del juicio que se adelantaba. Estos son secretos que guarda el expediente sobre el juicio de venta del cual no se ha traído a los autos una copia, ni siquiera certificado del juez.....

"El error de hecho le hizo creer al Tribunal que porque existió el juicio hipotecario de venta o adjudicación, éste se había seguido con prescindencia de la notificación a los herederos....

"Aparece de bulto el error de hecho al considerar el Tribunal como existente la falta de notificación del título ejecutivo a los herederos, situación de hecho que no se ha demostrado, afirmación del Tribunal concretamente contraria

a la evidencia probatoria. Porque la evidencia en este caso no podía resultar sino del expediente mismo y no de afirmaciones vagas, de pruebas no relacionadas con el mismo hecho de la notificación.....

"Si el fallo dió como probado el hecho de no haberse notificado los títulos ejecutivos a los herederos sin que exista la prueba de esto en los autos, es evidente que cometió error de hecho. El contenido de las pruebas citadas por el fallador no dá asidero para la conclusión de la falta de citación a los herederos. A consecuencia de los errores de hecho en la apreciación de las pruebas que he enunciado, el Tribunal aplicó indebidamente los artículos 1434, 1740, 1741, 1746 del C. C., 448, ord 3º del C. J., 457 del mismo y 632 del C. J. que no tuvo en cuenta y lo dejó de aplicar".

Se considera:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín declaró nulo el juicio de venta de bienes hipotecados promovido el 27 de noviembre de 1933 por la Mutualidad Nacional S. A. contra Manuel S. Gómez "y por ende el remate verificado por la misma sociedad en el citado proceso el 3 de febrero de 1942", limitando esta declaración a los dos bienes ubicados en el municipio de Copacabana y que el actor determinó en la demanda.

Para llegar a esta conclusión el Tribunal dá por demostrado el hecho de que a los herederos de Clara Rosa Agudelo de Gómez, que fue la primera esposa del demandado Manuel S. Gómez, no se les notificó el título ejecutivo, y que esta omisión dá lugar a declarar nulo el mencionado juicio y por consiguiente el remate de los bienes en él verificado.

Como la sentencia está atacada en casación por el error de hecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de las pruebas, es decir, porque el sentenciador se equivocó al dar por demostrado el hecho de la falta de notificación de los títulos ejecutivos a los herederos de Clara Rosa Agudelo, debe estudiarse si verdaderamente ese error existió o si, por el contrario, las pruebas aducidas demuestran la evidencia del hecho que se discute.

El juicio de venta o adjudicación de los bienes hipotecados está reglamentado por el título XLII del Código Judicial y tiene por objeto hacer más rápido el pago al acreedor, cuando se ejercita la acción real que dá al acreedor hipotecario el derecho de perseguir la finca hipotecada sea quien fuere el que la posea y a cualquier título que la haya adquirido (artículo 2452 del Código Civil). Se trata de un juicio especial, dentro de los juicios especiales que la ley reglamenta, y que si tiene alguna semejanza con el juicio ejecutivo, se distingue de éste por muchos aspectos fundamentales.

La demanda se presenta contra quien figura como titular del derecho de dominio de la finca hipotecada, de acuerdo con el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos del lugar en donde esté ubicada la finca, certificado que debe presentarse con la demanda: y quien figure en el certificado como propietario de la finca será el demandado, auncuando el deudor sea otro, porque en este juicio no se ejercita la acción personal contra quien debe, sino la acción real hipotecaria contra quien tenga la finca en su patrimonio. Con ese demandado se seguirá el juicio hasta cuando se termine, por pago al acreedor, bien sea en dinero por haberse hecho la venta de la cosa hipotecada en pública subasta, o por haberle sido adjudicada por cuenta de su crédito. Como en todo juicio, existe en éste especialísimo de venta de la cosa hipotecada, el derecho para que la parte que no fue legalmente notificada o emplazada, o no estuvo debidamente representada, puede pedir que en juicio ordinario se declare la nulidad de tal juicio, cuando exista alguna de las causales que dan lugar a la nulidad de lo actuado (artículo 457 del Código Judicial).

Pero es claro que quien acude ante la justicia para pedir que se declare nulo un juicio por no haber sido notificado legalmente, está en la obligación de demostrar que fue parte en el juicio y que se omitió hacerle la notificación legalmente; y la única forma de demostrarlo es presentando al juicio ordinario los documentos fidedignos que tales cosas establezcan. Estos documentos no pueden ser otros que el expediente mismo que contiene el juicio cuya nulidad se pide; en esta materia no puede aceptarse como prueba la manifestación que hagan quienes intervinieron en el litigio, en el sentido de que se omitió el cumplimiento de cualquiera de los requisitos que la ley exige para la debida tramitación de los juicios. Tal declaración no es una confesión, como equivocadamente la estima el Tribunal, porque no se trata del reconocimiento de un hecho propio de quien lo hace y que le es perjudicial. Se trataría de hechos que no fueron cumplidos por las partes, sino de omisio-

nes de procedimiento sobre las cuales no es admisible la prueba de confesión. Y porque no debe perderse de vista el interés de terceros, por ejemplo rematadores, quienes pueden llegar a sufrir perjuicios por las declaraciones de quienes estén interesados en perjudicarlos, por nulidades supuestas en el juicio.

En cambio, con el expediente a la vista, si puede el juzgador saber precisamente quiénes fueron las partes interesadas en el litigio y puede cerciorarse de si realmente alguna de ellas no fue legalmente notificada o emplazada, o estuvo mal representada, para deducir de ese examen si existe o nó la causa de nulidad que afecte el proceso.

En el caso que se estudia, el demandante Manuel Ernesto Gómez, alega que los hijos de Clara Rosa Agudelo de Gómez no fueron citados al juicio especial de venta de cosa hipotecada que la Mutualidad Nacional S. A. inició contra su deudor Manuel S. Gómez, para hacer efectiva la garantía hipotecaria constituída por éste en favor de aquélla.

Presentó como pruebas para demostrar que en el juicio especial se incurrió en la causal de nulidad originada por la falta de citación al demandante y a su hermanos, el acta del remate verificado en el juicio con fecha 3 de febrero de 1942, y el auto aprobatorio de esa diligencia, todo debidamente registrado en la oficina de registro correspondiente. Ninguna otra pieza del expediente fue traída al presente juicio y por lo tanto no se puede decir que está demostrada la causa que hubiera podido hacer nulo el juicio y por lo tanto el remate, porque la única forma de acreditar esa causa de nulidad, sería haber traído al presente juicio el expediente completo del juicio especial de venta, o al menos la certificación del juez del conocimiento sobre quiénes fueron las partes litigantes, si fueron o nó debidamente citadas y si realmente no aparece ninguna actuación que hubiera podido hacer desaparecer la causa de nulidad alegada.

El Tribunal sentenciador dio por demostrado el hecho de que los hijos de Clara Rosa Agudelo de Gómez no intervinieron en el juicio de la Mutuadidad Nacional contra Manuel S. Gómez y que por esta razón se incurrió en la causal de nulidad contemplada por el artículo 451 del Código Judicial, numeral tercero. Pero para llegar a esta conclusión, toma en cuenta el acta del remate verifícado el 3 de febrero de 1942, y deduce "que en el juicio hipotecario tántas veces citado, sólo figuró, desde el principio hasta el fin, como demandado, el señor Manuel S. Gómez, sin que hubiera habido intervención alguna de los herederos del cónyuge Clara Rosa Agudelo de Gómez, según la propia confesión hecha tánto por aquel como por la empresa demandante".

En esta conclusión el Tribunal incurre en evidente error de hecho en la apreciación de la prueba, porque no es posible que diga que en el juicio hipotecario sólo figuró "desde el principio hasta el fin" como demandado Manuel S. Gómez, porque tal afirmación sólo podía hacerla en vista del expediente y éste no fue presentado al pleito.

Ni las manifestaciones de Manuel S. Gómez y de la Mutualidad, ni los documentos privados suscritos entre aquel y ésta, de ninguna manera demuestran que en el proceso acusado de nulidad no intervinieron los herederos del cónyuge Clara Rosa Agudelo, porque todo se refiere al juicio en el cual se remataron los bienes hipotecados y no existiendo en el presente juicio el expediente respectivo, no es posible aceptar, como lo hace el Tribunal, que esté demostrada la causal de nulidad alegada.

Lo dicho es suficiente para concluir que el cargo debe prosperar y que por lo tanto la sentencia debe casarse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, pronunciada en el juicio ordinario de Manuel Ernesto Gómez contra Filomena Hernández de Gómez y otros, con fecha 17 de febrero de 1954 y como Tribunal de instancia CONFIRMA la del señor juez del circuito en lo civil de Girardota, en el mismo juicio, con fecha 15 de abril de 1953, que dice:

"Por lo expuesto, el juzgado administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA:

"1º—Por falta de pruebas no se hacen las declaraciones formuladas en la demanda;

"2º—Cancélese la inscripción de la demanda, para lo cual se librará oportunamente el oficio del caso señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este circuito;

"3º—No se hace especial condenación en costas".

Sin costas ni en el recurso ni en las instancias.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial y vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Manuel Barrera Parra. — José J. Gómez R.

José Hernández Arbeláez — Julio Pardo Dávila.

Ernesto Melendro L., Secretario.

ACCION DE FILIACION NATURAL DIRIGIDA CONTRA LOS HEREDEROS DEL PRESUNTO PADRE. — PERSONERIA DE LA PARTE DEMANDADA

1.—En los juicios de paternidad natural, si la demanda se dirige contra los herederos del padre, sólo tendrá efecto la sentencia contra los que han sido parte en la controversia, en contraste con la que se profiera en juicio contra el padre en persona, que tendría efectos erga omnes.

2.—La Corte ha dicho que cuando muerto el padre natural, se demanda a los herederos en juicio de filiación natural y de petición de herencia, la dicha condición de heredero no es algo relativo a la capacidad procesal o presupuesto procesal, sino algo que "afecta más profundamento la personería como elemento constitutivo que es de una situación legal o investidura jurídica esencial para la procedencia de la acción. Su prueba, por consecuencia, tiene que ser legalmente perfecta".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, diez y ocho de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Agustín Gómez Prada)

El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 1º de febrero último, confirmó la de 8 de marzo del año pasado, proferida por el Juzgado 5º Civil de este Circuito, por medio de la cual absolvió a la menor impúber **María del Carmen o Carmelita Ballesteros Medina o Medina Ballesteros,** representada por su madre natural Clementina Medina, de los cargos que les hizo Ernestina Arias, en representación de su hijo menor **Luis Carlos Arias.**

No conforme con dicho fallo, el apoderado de la parte actora interpuso el recurso de casación.

ANTECEDENTES.—En la demanda con que se inició este juicio ordinario se pidió que se hicieran las siguientes declaraciones: que el menor impúber Luis Carlos, nacido en esta ciudad el 25 de noviembre de 1940, es hijo natural de Buenaventura Ballesteros, fallecido el 10 de septiembre de 1949; que es heredero del citado Buenaventura, en su calidad de hijo natural y en concurrencia con la demandada, la menor impúber María del Carmen o Carmelita, también hija natural del mentado Ballesteros, y que tiene derecho a recoger la mitad de los bienes de éste; que le corresponde la mitad del lote, ubicado en Fontibón, que le compró a José A. Ruiz; que tiene derecho a la mitad del valor del seguro por causa de muerte que Ballesteros tenía en las Empresas Unidas de Energía Eléctrica de Bogotá, a la mitad de las prestaciones sociales que la misma Empresa pueda deber a sus causahabientes y a la mitad de los bienes que por cualquier concepto haya dejado al morir; que al menor Luis Carlos deben entregársele todos los frutos de los bienes que hayan de corresponderle como herederos de Buenaventura, desde el día de su fallecimiento; y que la parte demandada, si se opone, debe pagar las costas del juicio.

Los hechos primordiales de la demanda consisten en que Buenaventura Ballesteros y Ernestina Arias hicieron vida marital, pública y notoriamente, en Fontibón, desde 1932 hasta 1949, año en que falleció Buenaventura; que de esa unión nació el niño Luis Carlos; que desde entonces Buenaventura Ballesteros atendió a sus necesidades, alimentándolo, vistiéndolo y presentándolo ante sus amigos, parientes y relacionados, como su hijo; que, habiendo muerto Buenaventura, se abrió el juicio de sucesión y que en él fue reconocida como heredera, en su calidad de hija natural, la menor María del Carmen o Carmelita Ballesteros Medina.

La parte demandada se opuso a que se hicieran las declaraciones pedidas.

El Juzgado, en su sentencia dice que "la acción se dirigió no contra Buenaventura Ballesteros o contra sus herederos, sino contra María del Carmen o Carmelita Ballesteros Medina o Medina Ballesteros", esto es, "se demandó a persona distinta de la llamada a responder del hecho de la paternidad alegada", y ni siquiera se

trajo la prueba de la condición de heredera de la mentada María del Carmen en el juicio de sucesión del aludido Buenaventura. (fls. 71 y ss. del c. 1).

El Tribunal entendió que se habían invocado como hechos que daban lugar a la declaración de paternidad natural, los indicados en los ordinales 4º y 5º de la ley 45 de 1936, o sea, las relaciones sexuales estables entre el padre y la madre y la posesión notoria del estado de hijo natural por parte de Luis Carlos Arias. Las declaraciones sobre posesión notoria son por extremo deficientes y, admitiéndola por probada, apenas duró ocho años, o sea, los ocho que Ballesteros sobrevivió al nacimiento del presunto hijo; en cambio, "hay plena prueba de las relaciones sexuales que durante más de diez años y de manera estable y notoria existieron entre Buenaventura Ballesteros y Ernestina Arias, dentro de las cuales nació el menor Luis Carlos Arias".

Pero habiéndose dirigido la demanda contra María del Carmen Ballesteros como heredera de Buenaventura Ballesteros, no se comprobó dicha calidad o condición, pues apenas aparece como prueba de ella una copia de la liquidación de los impuestos, que no tiene la virtualidad de demostrarla, "porque tratándose de una circunstancia íntimamente ligada con los nexos del parentesco, no cabe establecerse sino por los medios consagrados por la ley 45 de 1936, ya que no se trata de una impúber nacida bajo su vigencia". De otro lado, la contestación de la demanda, en que su apoderado dice que la demandada es hija y heredera de Ballesteros, no puede aceptarse, pues "tal confesión, por referirse a un estado civil, no tiene tampoco el poder de probarlo, toda vez que la ley ha consagrado otros medios para ello".

Por tales razones, el Tribunal confirmó la sentencia de primer grado.

Demanda de casación.—El recurrente, con base en la causal primera del artículo 520 del código judicial, acusa la sentencia "por ser violatoria de la ley sustantiva, por infracción indirecta, en virtud de errores de hecho manifiestos en los autos, y por errores de derecho en la apreciación de algunas pruebas". Tales errores se cometieron al estimar los hechos y peticiones de la demanda, la contestación de la demanda, el documento expedido por las Empresas de Energía Eléctrica, algunas declaraciones de la misma Empresa, la liquidación de impuestos y la copia de los inventarios del juicio de sucesión de Ballesteros.

Las razones del recurrente sobre cada uno de los puntos anteriores pueden resumirse así:

a)— **En los hechos y peticiones de la demanda** no se afirmó que la demandada fuera hija natural de Buenaventura Ballesteros simplemente, sino que "había hecho actos de heredero" en el juicio de sucesión de éste. Como "había tomado la personería del causante, dándose, ese título", figuró como demandada en este negocio (fls. 27 y ss. del c. 1º).

b)—**En la contestación de la demanda** figura María del Carmen Ballesteros como "única hija natural" de Ballesteros y se dice que, por tal motivo, le corresponden los bienes de éste (f. 63 del c. 1º).

c)— **En el documento expedido por las Empresas de Energía Eléctrica** se hace constar que el seguro de vida de Buenaventura Ballesteros, el auxilio para gastos de entierro y el valor de sueldos y primas variables pendientes de pago, se le hicieron a la menor María del Carmen o Carmelita Ballesteros Medina (f. 8 del c. 3).

d)—**La misma Empresa declara** que se ha presentado a reclamar el valor del seguro de Buenaventura Ballesteros "su hija natural María del Carmen Ballesteros Medina, reconocida como tal ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá" (f. 12 del c. 3).

Aquí figura también la copia de la liquidación de impuesto de sucesiones, en la cual se considera a la citada menor como heredera de Buenaventura Ballesteros (ibidem).

e)—**En los inventarios de la sucesión de Ballesteros,** finalmente, "el apoderado de la heredera en la presente sucesión" hizo el respectivo denuncio de los bienes, bienes que son los del tántas veces nombrado Buenaventura (fls. 12 y ss. del c. 3).

Con estos errores quebrantó el Tribunal el artículo 593 del código judicial, que manda fallar en vista de lo alegado y probado; el 1.298 del código civil que ordena tener por heredero al que acepta la herencia tácitamente; el 1.155 del mismo código, que considera al heredero como continuador del causante; el 4º (ordinal 4º) de la Ley 45 de 1936, por violación indirecta, por considerar no probados los requisitos de filiación natural allí contemplados; el 606 del código judicial, por falta de aplicación, pues lo dicho en la contestación de la demanda es una confesión; el 601 del mismo código, que ordena estimar las pruebas de acuerdo con su valor legal; el 597, ordinal 3º, que señala las oportunidades de presen-

tar las pruebas y el 635 (sic), que indica las formalidades para librar despachos.

En conclusión, arguye el recurrente, el Tribunal consideró necesario que el actor probara el estado civil de la demandada; y estimó que las peticiones se dirigían contra hija natural "reconocida", siendo así que apenas se dirigían contra quien había aceptado la herencia de Buenaventura Ballesteros, por actos de los contemplados en el artículo 1298 del código civil. Por tanto, de acuerdo con el artículo 1155 del mismo código, la menor "sí tiene personería para ser demandada y para que en su contra —y sólo en su contra— venga la sentencia", porque la legitimación en causa que el Tribunal echa de menos está plenamente demostrada.

Sostiene el Tribunal —añade el recurrente— que "en el estado civil no vale la confesión, pero hizo errónea interpretación, porque sí tiene pleno valor cuando se trata de buscar quién es el heredero de una persona, quién lo debe representar (art. 1155) y quién ha hecho acto de heredero (art. 1298 del c. c.)".

Consideraciones de la Corte. — Como el artículo 403 del código civil expresa que, en los juicios de paternidad el legítimo contradictor es el padre, se dijo en no pocos fallos de la Corte que la acción no podía intentarse una vez fallecido éste. Mas luego se reaccionó contra dicha doctrina y, en cambio, se estableció la de que, muerto el padre, podía intentarse la acción contra éste, representado por los herederos, ya que estos son los continuadores de la persona del difunto y le suceden en sus obligaciones y derechos transmisibles. Lo que sucede es que, como lo ha dicho esta Corporación, si la demanda se dirige contra los herederos del padre, sólo tendrá efecto la sentencia contra los que han sido parte en la controversia, en contraste con la que se profiriera en juicio contra el padre en persona, que tendría efecto erga omnes.

También ha dicho la Corte que, cuando muerto el padre natural, se demanda a los herederos en juicio de filiación natural y de petición de herencia, la dicha condición de heredero no es algo relativo a la capacidad procesal o presupuesto procesal, sino algo que "afecta más profundamento la personería como elemento constitutivo que es de una situación legal o investidura jurídica esencial para la procedencia de la acción. Su prueba, por consecuencia, tiene que ser legalmente perfecta" (Cas. de 18 de septiembre de 1947, G. J. tomo LXIII, números 2053-54, página 27).

Viniendo al estudio del recurso se anota que las pruebas que el recurrente invoca obran, efectivamente, en el proceso: en la contestación de la demanda figura María del Carmen Ballesteros como única hija natural de Buenaventura Ballesteros; el seguro de vida y demás prestaciones sociales de éste se le pagaron a la menor nombrada, por haberse presentado a reclamarlos como su hija natural, reconocida como tal ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá; la denuncia de bienes la hizo el apoderado en nombre de la misma María del Carmen y los impuestos de la sucesión se liquidaron a su cargo como hija natural del tantas veces aludido Ballesteros.

Y el problema que plantea el recurrente consiste en afirmar que porque la demandada hizo actos de heredero, aceptando la herencia en forma tácita, de acuerdo con el artículo 1298 del código civil, demostró con tales hechos su calidad o condición de heredera de Buenaventura Ballesteros. Lo cual es inadmisible, pues una persona puede aceptar la herencia en forma tácita, ejecutar actos de heredero, sin serlo en la realidad. Para casos como el presente es indispensable demostrar, no que el demandado se considera como heredero, sino que tiene ese carácter, bien por declaración testamentaria, bien por reconocimiento del presunto padre, ya por declaración judicial en juicio controvertido, ora por la presentación de los documentos que acrediten el estado civil, ora, en fin, por la copia de la providencia del juicio de sucesión en que se haya reconocido como heredero a la persona de que se trata.

Sobre esta base y respecto de las pruebas invocadas por el recurrente cabe repetir que ni la contestación de la demanda, ni los demás hechos de aceptación tácita de la herencia, acreditan que se tenga esa calidad. Y al respecto conviene invocar algunas doctrinas de la Corte:

"No puede demandarse a cualquier persona a quien se gradúe de heredero del presunto padre natural, por mera afirmación del interesado, para admitir la legitimidad del juicio, si la parte designada no niega el parentesco afirmado por el demandante. Apenas sí es necesario recordar que la calidad de heredero, fuera del caso de testamento, resulta de determinadas vinculaciones de parentesco, las cuales, a su turno, se derivan de hechos constitutivos del estado civil, de acuerdo con determinadas exigencias de la ley, la cual prohibe probarlo por medio de confesión.

(Cas. de 19 de octubre de 1953, G. J. tomo LXXVI, número 2135, página 599).

"Si bien el demandante no está obligado a acreditar la personería de la parte demandada al proponer la demanda, ello no la inhibe de establecerla en el curso del juicio cuando está obligado a hacerla, como sucede, verbigracia, cuando dirige su acción contra determinada persona como heredero representante de una sucesión. En estos casos, la confesión del demandado no es prueba de su estado civil ni exime al demandante de la obligación de probar. (Cas. de 30 de julio de 1921, G. J. tomo XXIX, página 20).

"El reconocimiento judicial de herederos así como la aceptación de la herencia con beneficio de inventario, son hechos que implican trámites judiciales que deben, por consiguiente, aparecer de una actuación también judicial, sin que sea dable suplirla por medio de otras pruebas. Se acusa la sentencia por no haber tenido como demostrado con la contestación de la demanda el reconocimiento judicial de heredero y este hecho, judicial, se repite, no puede probarse por confesión" (Cas. de 6 de abril de 1946, G. J. tomo LX, números 2032-33, página 369).

"Siendo la calidad de heredero elemento integrante de la acción sobre estado civil, porque representa la personería sustantiva de la parte demandada, tal vinculación jurídica no puede surgir del asentimiento de los litigantes, como si simplemente se tratara de deducir en juicio una obligación personal contra el demandado ni menostenerse por establecida con base en las meras referencias que se hacen al aludido testamento en copias de actuación correspondiente a otro proceso" (Cas. de 18 de septiembre de 1947, G. J. tomo LXIII, números 2053-54, página 27).

Ahora, admitiendo, por hipótesis, que la declaración de las Empresas Unidas de Energía Eléctrica y la copia de la liquidación de los impuestos de sucesiones fueran prueba de la existencia del auto de reconocimiento de la demandada como heredera de Buenaventura Ballesteros en el juicio de sucesión de éste, cabría anotar dos cosas: la primera, que el recurrente no alega estas constancias como prueba de ese reconocimiento judicial y la Corte no puede suplantarlo; y la segunda, que tampoco dice el recurrente cuales sean las disposiciones sobre pruebas quebrantadas por el Tribunal al no apreciar las constancias que invoca y que, a su vez, hubieran violado otros preceptos sustantivos. En lo general, las citas del recurrente en el particular no son pertinentes.

Lo expuesto es suficiente para concluir que los cargos anotados contra la sentencia deben desecharse.

Por las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el proceso al tribunal de su origen.

Agustín Gómez Prada — Ignacio Gómez Posse. Luis Felipe Latorre U. — Alberto Zuleta Angel. Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

PRESTACIONES MUTUAS EN LA REIVINDICACION. — RESTITUCION DE FRUTOS. — TECNICA DE CASACION

1.—Según el artículo 964 del Código Civil, el poseedor vencido en la reivindicación es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, lo cual es una consecuencia del reconocimiento del derecho de dominio a favor del reivindicante, ya que los frutos de una cosa pertenecen al dueño de ella, según los artículos 716 y 718 del mismo Código. El poseedor de mala fe debe restituir los frutos naturales y civiles de la cosa desde que la tuvo en su poder, y no solamente los percibidos sino los que hubiera podido percibir el dueño con mediana inteligencia y cuidado al hallarse la cosa en sus manos. El poseedor de buena fe sólo es obligado a restituir los frutos percibidos después de la contestación de la demanda y los que hubiera podido percibir el dueño en las mismas condiciones, a partir de tal evento. Esta Sala ha dicho: "La ley protege al poseedor de buena fe, teniendo en cuenta, por una parte, su conducta exenta de culpa, originada por un error excusable y por otra parte, la falta de diligencia o cuidado del dueño de la cosa que ha debido evitar esa posesión. Generalmente al poseedor de buena fe no puede reprochársele falta o imprudencia, mientras que al contrario, al reivindicante victorioso puede imputársele su actitud negligente en la vigilancia de sus intereses. En cambio, el poseedor de mala fe se considera generalmente como un usurpador en razón de dolo o culpa que impone obligaciones indemnizatorias en frente del propietario de la cosa. En lo tocante a restitución de frutos y derecho a mejoras, el tratamiento al poseedor de buena fe vencido en el juicio, cambia fundamentalmente a partir de la notificación de la demanda, según se vio anteriormente. Esto se explica porque si el poseedor ha resistido a la demanda después de conocer los títulos y razones invocados por el reividicador, ya no podrá alegar que subsiste su honrada creencia de hallarse poseyendo como dueño, y aun cuando en realidad pudiera afirmar que tenía motivos serios para seguir considerándose como legítimo propietario durante el curso del juicio, los efectos declarativos de la sentencia que reconoce el derecho del actor y niega la oposición del reo, dejan sin base tal alegación, pues el fallo retrotrae la situación jurídica de las partes al momento de la demanda". (Casación: junio 3 de 1954, LXXVII, 758).

2.—"Las prestaciones mutuas legalmente quedan incluídas en la demanda, de suerte que el juzgador siempre debe considerarlas en la sentencia, ora a petición de parte, ora de oficio". (Casación: febrero 28 de 1955, LXXIX, 515).

3.—"Copiosa y abundante jurisprudencia de la Corte ha prevenido a los litigantes la necesidad de formular los cargos en casación de manera concreta, precisando los textos legales infringidos y la razón y aspecto porque lo hayan sido. Esto en virtud de que el recurso de casación tiene de suyo un carácter formalista, por cuanto su objeto es confrontar la sentencia acusada con la ley que se dice violada. Si el recurrente no propone de manera muy definida los elementos de confrontación, la Corte no tiene cómo hacer ésta. Por otra parte, la necesidad de que al fundar el recurso de casación se formulen de manera correcta los cargos contra la sentencia acusada, señalando con precisión los textos legales que se estimen infringidos por ella, no es mera exigencia jurisprudencial o científica, sino perentorio deber del recurrente, estatuído por el art. 531 del C. J.". (Casación: marzo 15 de 1946, LX, 145).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, diecienueve (19) de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955).

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra)

La Corte resuelve sobre la casación introducida por la demandada en el juicio ordinario rei-

vindicatorio de Jesús Perilla V. contra María Isabel Pardo M., decidido en segunda instancia por el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia del 18 de marzo de 1955, objeto de la impugnación por la parte vencida en la litis.

I. — Antecedentes

1.—Jesús Perilla V., en ejercicio de la acción reivindicatoria, demandó por la vía ordinaria a María Isabel Pardo, para la restitución de una casa y el terreno en que está edificada, situada en la carrera 14, entre calles 63 y 64, en el barrio de Chapinero de esta ciudad, distinguida en su puerta de entrada con el número 63-51 y alindada como se indica en el respectivo libelo. Pidió además "el pago de los frutos civiles devengados y que se devenguen hasta el día en que sea condenada a restituírlo, apreciados en forma legal" y de las costas.

Como hechos en que se funda la demanda se expusieron entre otros, los que en seguida se resumen: 1º Que el actor es dueño de la finca relacionada; 2º Que el demandante por un acto de liberalidad le dio la mencionada casa para que viviera, a María Isabel Pardo M., sin mediar contrato alguno legalizado, y en la finca ha venido habitando dicha señora en la forma indicada, pero ya contra la voluntad de su dueño, quien la ha requerido varias veces para que la entregue, sin lograrlo en manera alguna, reteniéndola maliciosamente; 3º Que como toda otra acción fracasaría por el tiempo que ha transcurrido, "es el caso de entablar esta acción ordinaria para que la actual poseedora, o sea, la demandada, sea legalmente condenada a la entrega o restitución de la finca por su situación y linderos, con el pago de los perjuicios ocasionados y que se traducen en el reconocimiento de los frutos civiles producidos por la finca en el tiempo de su ocupación".

2. — En la contestación de la demanda María Isabel Pardo M. se opuso a las pretensiones del actor y como fundamento de su oposición manifestó: Que se halla en posesión de la casa desde el año de 1930, con ánimo de señor y dueño, en forma continua y pacífica, sin reconocer dominio ajeno; que jamás ha sido requerida ni privada ni judicialmente por el demandante; que "se ha considerado como dueña del inmueble, y al efecto ha pagado la pavimentación"; que si el demandante afirma que le dio la casa por un acto de liberalidad, mal puede sostener que la habita de mala fe y sin título alguno; que ha hecho mejoras en la casa, que valen más de $ 10.000.00; que es poseedora de buena fe por un lapso mayor de veinte años.

La demandada alegó en su favor prescripción adquisitiva de dominio.

3.—Desató la litis en primera instancia el Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá por sentencia del 30 de enero de 1953, cuya parte resolutiva dice:

"1º—Condénase a la demandada María Isabel Pardo M., a entregar al demandante Jesús Perilla V., o a quienes representen sus derechos, dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, el inmueble materia de la reivindicación, determinada por los linderos que aparecen en el libelo de demanda;

"2º—Condénase a la demandada María Isabel Pardo M., a pagar al demandante o a quienes sus derechos representen, los frutos civiles y naturales del inmueble en cuestión, a partir de la fecha de la contestación de la demanda; no sólo los percibidos, sino también los que el actor hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, estando la cosa en su poder. El valor de los frutos se fijará de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 553 del Código Judicial.

"3º — Condénase al demandante Jesús Perilla V., o a quien lo represente, a pagarle a la demandada María Isabel Pardo M., el valor de las mejoras útiles, hechas antes de contestarse la demanda, por la demandada, y cuya especificación se ha hecho en la parte motiva de este fallo. El valor de dichas mejoras se regulará conforme lo dispone el artículo 553 del C. Judicial.

"La demandada podrá retener el inmueble hasta que el reivindicante o sus representantes legales le paguen lo que valgan, al tiempo de la restitución, las obras en que consisten las mejoras, o lo que en virtud de dichas mejoras valiere más la cosa en dicho tiempo.

"Condénase a la demandada María Isabel Pardo M. en las costas del presente juicio, con deducción de las que proporcionalmente le corresponden al demandante Jesús Perilla V., por el exceso de lo pedido. Tásense".

4.—Por apelación de la parte demandada conoció del negocio el Tribunal Superior de Bogotá, quien en sentencia del 18 de marzo de 1955 resolvió lo siguiente:

"Confirmar en todas sus partes la sentencia recurrida, adicionando el ordinal 3º con la obligación del demandante de pagar a la demandada la cantidad de doscientos setenta pesos ($ 270.00)

moneda corriente por concepto de expensas necesarias según lo dicho en la parte motiva de esta sentencia, y **reformando** el ordinal 4º así:

"Condénase a la demandada María Isabel Pardo M. en las costas de la primera instancia con deducción de las que proporcionalmente le corresponden al demandante Jesús Perilla V. por el exceso de lo pedido.

"2º—Condénase a la demandada en las costas de la segunda instancia en conformidad con el Decreto 243 de 1951".

5.—Contra esta sentencia la parte demandada interpuso recurso de casación, que ha sufrido la tramitación legal hasta encontrarse en punto de ser decidido por la Corte.

III. — Sentencia acusada

1.—Tanto el Tribunal como el Juzgado hallaron plenamente acreditados los extremos de la acción reivindicatoria, así:

a) Los títulos presentados por el actor demuestran su dominio sobre la cosa reivindicada que Perilla V. había comprado por escritura número 849 del 8 de julio de 1933 de la Notaría Quinta de Bogotá, a Arturo Segura C., quien a su vez la compró por escritura número 277 del 14 de febrero de 1929, de la misma Notaría, a los cónyuges Avelino Gamboa e Isaura Guzmán de Gamboa, a favor de la cual hizo venta Pomponio Guzmán por escritura número 1663 del 1º de junio de 1927 de la Notaría Segunda de este Circuito;

b) actor y demandada se hallan de acuerdo en que ésta tiene la posesión del inmueble;

c) la finca materia de la reivindicación está identificada en los títulos y en la inspección ocular practicada en primera instancia.

2.—No se acreditó en el juicio que la demandada hubiera adquirido la casa por prescripción ordinaria ni extraordinaria. Puede aceptarse en concepto del sentenciador que la señora Pardo ha tenido una posesión material sobre el inmueble, por un lapso de 21 años con anterioridad a la demanda, y aún reconocida su buena fe, carece de justo título, ya que no ha presentado ninguno. En estas condiciones, no puede ampararse por la usucapión ordinaria porque su posesión no es regular, ni por la extraordinaria porque no se ha completado el lapso legal de la última.

3.—Al referirse al acto de liberalidad del demandante, por virtud del cual la demandada ha tenido en su poder la casa objeto del litigio, el Tribunal afirma que no existe una donación para transferir la propiedad del inmueble, ya que no aparece la correspondiente escritura pública. "El acto de liberalidad —dice el Tribunal— quedó entonces reducido a un comodato. La señora habría recibido la finca por tradición que le hizo el doctor Perilla a ese título precario aunque sin duración definida. Tal parece haber sido la intención del demandante, aunque de buena fe la interpretara la demandada como una donación que de ninguna manera se consumó".

4.—El Tribunal se refiere a las alegaciones del apoderado de la demandada, quien en la segunda instancia presenta un nuevo planteamiento de la controversia cuando sostiene que la acción reivindicatoria y la vía ordinaria no eran procedentes en el caso **sub judice,** por cuanto según los términos de la demanda la señora Pardo no es **poseedora** sino **mera tenedora,** en cuyo caso el dueño sólo podría obtener la restitución del inmueble en ejercicio de otra acción distinta de la reivindicatoria y por los trámites de un juicio de lanzamiento o de un juicio posesorio.

El Tribunal desecha estos razonamientos en estos pasos del fallo recurrido.

"Pero ocurre que la demandada alegó y probó la posesión material estando en ello de acuerdo con el demandante quien afirmó ser ella poseedora.

"Habiéndose trabado la litis-contestación sobre esas bases y habiéndose suministrado por parte y parte las pruebas de que los presupuestos de la acción reivindicatoria se reúnen a cabalidad en el presente caso, no hay duda de que es ella la procedente.

"Pero, además, alegar que no era un juicio reivindicatorio sino uno posesorio el que ha debido seguirse cuando ya en la sentencia de primera instancia se le declararon infundadas las excepciones de prescripción adquisitiva ordinaria y extraordinaria por falta de título legal la primera y la segunda por no haber poseído sin interrupciones durante treinta años, es pretender que el demandante vuelva a un nuevo juicio para el cual no tendría la acción correspondiente, cuando la única que podía hacer valer en las circunstancias demostradas en este amplio debate judicial es la reivindicatoria por el trámite a ella señalado que es el del juicio ordinario".

5.—En cuanto a las prestaciones mutuas el Tribunal reformó el fallo de primera instancia en cuanto al reconocimiento a título de expensas necesarias, a favor de la demandada, de la suma de $ 270.00 que ésta pagó por el servicio municipal de pavimentación correspondiente a la casa.

6.—En cuanto a costas de la primera instancia,

el Tribunal está de acuerdo en que a ellas debe ser condenada la demandada "pero con deducción de lo que le corresponde al demandante por el exceso de lo pedido".

Se condenó a la demandada al pago de las costas de segunda instancia en conformidad con el Decreto 243 de 1951.

III. — Demanda de casación

La sentencia se acusa con arrimo a las causales primera y segunda de casación.

En resumen estos son los motivos de impugnación del fallo:

Causal segunda. — Cuanto a la condena de la demandada al pago de los frutos de la casa reivindicada, la sentencia no guarda consonancia con las súplicas de la demanda y las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

Causal primera. — Por esta causal presenta los siguientes cargos:

a) Infracción directa e indirecta de los artículos 669, 762, 764, 946, 947, 948, 950, 952, 963, 965, 966, 970, 971, 2200, 2203, 2205, 2206, 2211 y 2215 del Código Civil. A causa de la errónea apreciación de la prueba de confesión se violaron los artículos 593 y 603 del Código Judicial;

b) Infracción directa e indirecta de los artículos 946, 947, 948, 952, 953, 1608 y 2200 del C. C. Por errónea apreciación de la prueba se quebrantaron los artículos 593 y 601 del Código Judicial;

c) Infracción del Decreto 0243 de 1951;

d) Infracción directa e indirecta de los artículos 1524, 2313 y 2318 del Código Civil.

IV. — Examen de los cargos

En cumplimiento de la norma del artículo 537 del Código Judicial, la Sala examina en orden lógico los cargos formulados por el recurrente.

1º — La reivindicación

Con base en la causal primera el recurrente menciona violaciones de la ley sustantiva, en lo tocante a la acción reivindicatoria deducida, citando como infringidas las disposiciones que se enumeran en el ordinal a) del anterior resumen de los cargos.

Los razonamientos del recurrente pueden condensarse así:

En la demanda, el actor manifiesta que por "u acto de liberalidad" entregó a la demandada l casa que se reivindica, y el Tribunal consider que por virtud de un comodato ella recibió el in mueble del doctor Perilla.

En estas circunstancias, no pudiendo el Tribu nal variar el sentido de la demanda sin descono cer esa prueba resultante de las manifestacione del propio actor, no procedía la acción reivindi catoria incoada por la vía ordinaria, ya que l demandada no era poseedora sino mera tenedor de la cosa. Para obtener la restitución del in mueble tenía a su mano la acción de lanzamient consagrada en el artículo 1103 del Código Judi cial o las acciones posesorias establecidas en los artículos 885, 886 y 888 del mismo Código.

En conclusión, el Tribunal quebrantó las normas sobre reivindicación, al decretar al restitución del inmueble con sus frutos, contra la demandada que no era poseedora sino mera tenedora del bien, calidad que reconoció como demostrada o que ha debido dar como existente por fuerza de la confesión procedente del actor.

Se considera:

Es cierto que algunos apartes de la demanda pudieran inducir aparentemente a confusión, como cuando se expresa que el actor entregó la cosa "por pura liberalidad" y que conserva "la nuda propiedad pero no la posesión material", y que la demandada es "poseedora clandestina". Pero aún reconociendo que hay cierta impropiedad jurídica en el uso simultáneo de tales expresiones para calificar la verdadera posición de la demandada, el Tribunal no incurrió en error alguno al fijar la causa petendi conforme al sentido del libelo, ni al señalar el ámbito de la litis contestatio, ni al valorar y apreciar las pruebas.

El Tribunal acepta que inicialmente la demandada pudo ostentar la condición de mera tenedora de la casa, porque por virtud de comodato ella la recibiera de su legítimo dueño, a título precario. Pero tal calidad no aparece operante en la intención de los litigantes al momento de constituírse la relación jurídico-procesal, porque en el contexto del libelo es evidente que la demanda se dirige contra María Isabel Pardo como actual poseedora y en la respuesta ella asume esta posición jurídica alegando expresamente su posesión e invocando a su favor la usucapión ordinaria o extraordinaria.

En el fallo recurrido el sentenciador examina los puntos de vista del recurrente al respecto, y observa con acierto que "la demandada alegó y probó la posesión material estando en ello de

cuerdo con el demandante quien afirmó ser ella oseedora".

No incurrió el Tribunal en violación de las ormas citadas, ni en forma directa, ni en forma ndirecta al través de la apreciación de las prue- as.

Se rechaza el cargo.

2º — Condena al pago de frutos

Por distintos aspectos el recurrente ataca la lecisión del sentenciador en lo tocante a la con- lena de frutos, a cargo de la parte demandada.

En síntesis, los cargos se hacen consistir en lo iguiente:

a) Habiendo recibido María Isabel Pardo la asa para que en ella viviera, por un acto de li- beralidad del doctor Perilla, o sea, a título de omodato, ella no debe estar obligada al pago de os frutos naturales y civiles del inmueble. Al hacer esta condena, el Tribunal violó las dispo- iciones legales que cita el libelo sobre reivindi- cación y comodato, bien de manera directa, bien de manera indirecta como consecuencia de una errónea apreciación de las pruebas;

b) el demandado, vencido en la reivindicación está obligado a la restitución de los frutos de la cosa que debe restituir, porque nadie puede en- riquecerse sin justa causa a costa ajena. Pero en el caso **sub judice**, la demandada había recibido la casa por acto de liberalidad del demandante. Ahora bien: siendo la pura liberalidad o benefi- cencia causa real y lícita de las obligaciones, la comodataria no puede ser obligada a restituir los frutos de la cosa que el dueño le entregó para que usara y gozara de ella a título gratuito. Tal restitución implicaría un enriquecimiento injus- to del demandante. Se violaron los artículos 1524, 2313 y 2318 del Código Civil, bien por falta de apreciación de las pruebas, o bien por falta de aplicación de tales normas.

c) en cuanto a la condena en frutos la sen- tencia no fue dictada en consonancia con las súplicas de la demanda y con las pretensiones opor- tunamente deducidas por las partes, pues el ac- tor demandó "el pago de los frutos civiles de- vengados y que se devenguen hasta el día en que sea condenada a restituir", y el fallo condenó al pago de "los frutos civiles y naturales del inmue- ble en cuestión, a partir de la fecha de la con- testación de la demanda, no sólo los percibidos, sino también los que el actor hubiere podido per- cibir con mediana inteligencia y cuidado, estan- do la cosa en su poder". Falló el Tribunal **ultra petita.**

Se considera:

Según el artículo 964 del Código Civil, el po- seedor vencido en la reivindicación es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, lo cual es una consecuencia del reconocimiento del derecho de dominio a favor del reivindican- te, ya que los frutos de una cosa pertenecen al dueño de ella, según los artículos 716 y 718 del mismo Código.

El poseedor de mala fe debe restituir los fru- tos naturales y civiles de la cosa desde que la tuvo en su poder, y no solamente los percibidos sino los que hubiera podido percibir el dueño con mediana inteligencia y cuidado al hallarse la cosa en sus manos. El poseedor de buena fe sólo es obligado a restituir los frutos percibidos después de la contestación de la demanda y los que hu- biera podido percibir el dueño en las mismas condiciones, a partir de tal evento.

Esta Sala ha dicho:

"La ley protege al poseedor de buena fe, te- niendo en cuenta, por una parte, su conducta exenta de culpa, originada por un error excusa- ble y, por otra parte, la falta de diligencia o cui- dado del dueño de la cosa que ha debido evitar esa posesión. Generalmente al poseedor de buena fe no puede reprochársele falta o imprudencia, mientras que al contrario, al reivindicante victo- rioso puede imputársele su actitud negligente en la vigilancia de sus intereses.

"En cambio, el poseedor de mala fe se consi- dera generalmente como usurpador en razón de dolo o culpa que impone obligaciones indemni- zatorias en frente del propietario de la cosa.

"En lo tocante a restitución de frutos y dere- cho a mejoras, el tratamiento al poseedor de buena fe vencido en el juicio, cambia fundamen- talmente a partir de la notificación de la deman- da, según se vio anteriormente. Esto se explica porque si el poseedor ha resistido a la demanda después de conocer los títulos y razones invoca- dos por el reivindicador, ya no podrá alegar que subsiste su honrada creencia de hallarse pose- yendo como dueño, y aun cuando en realidad pu- diera afirmar que tenía motivos serios para se- guir considerándose como legítimo propietario durante el curso del juicio, los efectos declarati- vos de la sentencia que reconoce el derecho del actor y niega la oposición del reo, dejan sin base tal alegación pues el fallo retrotrae la situación

jurídica de las partes al momento de la demanda". (Casación: junio 3 de 1954, LXXVII, 758).

En el caso **sub judice**, el Tribunal consideró a la demandada como poseedora de buena fe y en consecuencia, dando cumplimiento al precepto del artículo 964 del Código Civil, la condenó a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, a partir de la fecha de la contestación de la demanda, no sólo los percibidos, sino también los que el actor hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado al hallarse la cosa en su poder.

Habiéndose trabado la litis sobre los extremos de que el actor era dueño del inmueble y la demandada poseedora del mismo a la fecha del libelo, y estando plenamente establecidos tales extremos, es perfectamente extraña a la controversia la consideración de la existencia de un contrato de comodato invocado en casación por la demandada para que se infirme el fallo en lo tocante a la condena respecto de los frutos percibidos o perceptibles después de la **litis contestatio**.

Carecen de toda consistencia los cargos formulados con base en la causal primera contra esta parte del fallo, pues el sentenciador aplicó correctamente las normas sobre reivindicación y no tenía por qué atenerse a otras disposiciones para exonerar a la demandada de la obligación de restituir los frutos. Tampoco incurrió en apreciación errónea de las pruebas.

No procede la acusación por la causal segunda, pues el Tribunal interpretando racionalmente la demanda, consideró que la súplica respecto del pago de los frutos no estaba limitada a menos de lo que señalaba la propia ley. No falló **ultra petita**.

Por otra parte, la Corte ha dicho en reiterada jurisprudencia, que "las prestaciones mutuas legalmente quedan incluídas en la demanda, de suerte que el juzgador siempre debe considerarlas en la sentencia, ora a petición de parte, ora de oficio". (Casación: febrero 28 de 1955, LXXIX, 515).

3º — Condena al pago de las costas

Se considera infringido el Decreto número 0243 de 1951, en cuanto a la condena de la demandada al pago de las costas.

Según el recurrente, si el Tribunal hubiera tomado en cuenta que la demandada no fue condenada como poseedora de mala fe según lo pidió el actor, y que éste fue condenado al pago de mejoras, ha debido exonerársele totalmente del pago de las costas de la primera instancia. E igual exoneración ha debido hacerse respecto de las costas de la segunda instancia, o al menos exoneración parcial, ya que la sentencia del juez **a quo** fue reformada por el Tribunal.

Se considera:

Sin necesidad de entrar a examinar el fondo de la acusación, la Sala rechaza de plano el cargo así formulado, pues el recurrente no se tomó la molestia de citar los textos legales que estime infringidos, como lo ordena imperativamente el artículo 531 del Código Judicial.

El recurrente afirma que se violó el Decreto número 0243 de 1951, pero no señala o individualiza qué normas de este estatuto fueron las infringidas.

Dijo esta Sala:

"Copiosa y abundante jurisprudencia de la Corte ha prevenido a los litigantes la necesidad de formular los cargos en casación de manera concreta, precisando los textos legales infringidos y la razón y aspecto por que lo hayan sido. Esto en virtud de que el recurso de casación tiene de suyo un carácter formalista, por cuanto su objeto es confrontar la sentencia acusada con la ley que se dice violada. Si el recurrente no propone de manera muy definida los elementos de confrontación, la Corte no tiene cómo hacer ésta. Por otra parte, la necesidad de que al fundar el recurso de casación se formulen de manera correcta los cargos contra la sentencia acusada, señalando con precisión los textos legales que se estimen infringidos por ella, no es mera exigencia jurisprudencial o científica, sino perentorio deber del recurrente, estatuído por el artículo 531 del C. J.". (Casación: marzo 15 de 1946, LX, 145).

V. — Resolución

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 18 de marzo de 1955, dictada en el presente juicio.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Manuel Barrera Parra — José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez — Julio Pardo Dávila. Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ACCION RESOLUTORIA DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA. — ALCANCE DEL ARTICULO 1934 DEL CODIGO CIVIL

1.—La jurisprudencia de la Corte expresada en numerosos fallos, ha considerado que la disposición contenida en el artículo 1934 del Código Civil tiende a la protección de legítimos intereses de terceros. Pero en cuanto a las declaraciones que hayan hecho los otorgantes en escritura pública, permiten prueba en contrario dentro de los límites y en los casos señalados por los artículos 91, 92 y 93 de la ley 153 de 1887.

2.—La prueba pericial no obliga sino mediante la valuación jurídica del Juez, que es a quien corresponde, en definitiva, determinar el valor probatorio del peritazgo. Pero esta facultad judicial de apreciación fundamental del peritazgo no autoriza, tratándose de avalúo o de cualquiera regulación en cifra numérica, para que los Magistrados o Jueces procedan a fijar el precio o la estimación de las cosas que deben ser apreciadas o estimadas para decidir la controversia, con prescindencia o alteración del dictamen pericial, como lo establecía el código derogado.

3.—Cuando hay desacuerdo entre los dos peritos, por divergir en la conclusión del valor, relacionando el artículo 721 con el 716 del C. J., la intervención del perito tercero puede plantear una de estas dos situaciones cuando no adhiere al dictamen de uno de los principales: si las tres cifras del avalúo son distintas y la diferencia entre las dos extremas no excede del cincuenta por ciento de la cantidad menor, el Juez queda obligado, naturalmente si se llenan también las condiciones generales, por el medio aritmético, esto es, la cifra que resulte de dividir por tres la suma de las tres cantidades. En el caso de que la diferencia entre las cifras extremas de los tres avalúos exceda de la cantidad menor, es el único evento en que el Juez tiene facultad legal para hacer la regulación que estime equivalente conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso, o para decretar de oficio otro avalúo por medio de peritos que él designe.

4.—Cuando una cláusula de un contrato puede prestarse a varias interpretaciones razonables, la adopción de cualquiera de ellas por parte del juzgador, no genera error de hecho, puesto que donde hay duda no puede haber error manifiesto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre veinte de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse)

Conoce la Corte del recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín fechada el cuatro (4) de febrero del año próximo pasado en el ordinario de la señorita María Restrepo Toro contra don Joaquín Gómez Z. Se procede a resolverlo.

Antecedentes

Ante el Juzgado del Circuito respectivo María Restrepo Toro demandó a Joaquín Gómez Z., anotando los siguientes hechos principales:

Por escritura pública número 2.649 de 26 de marzo de 1949 Restrepo Toro dio en venta a Gómez Z., un edificio de dos plantas y un compartimiento, de acuerdo con la alinderación, extensión y ubicación que señala el título. El precio de la venta fue la suma de VEINTE MIL PESOS ($ 20.000.00), de la cual la vendedora declaró recibidos OCHO MIL PESOS ($ 8.000.00) y el resto lo dejó en poder del comprador para que éste cancelara un crédito hipotecario que por igual suma gravaba el inmueble. En la escritura se dijo también lo siguiente: "Se advierte que por convenio entre las partes la vendedora se reserva el que el mayor valor de TREINTA Y CINCO MIL PESOS en que esta propiedad se venda en el curso de tres años contados de hoy en adelante será partido entre la vendedora y el comprador por iguales partes debiéndose efectuar la

venta de común acuerdo, aun cuando en dicha venta el señor Gómez reciba parte del valor en créditos asegurados en la propiedad misma".

"El comprador no pagó el precio, ni con relación a VEINTE MIL PESOS, ni, dentro de los tres años siguientes a la fecha de la escritura, se prestó efectivamente para vender el inmueble a un tercero y así aprovecharse (el vendedor) de la mitad del exceso de treinta y cinco mil pesos que, por cierto, era y es de un valor considerable".

"El hecho mismo de haberse comprometido el comprador a partir de por mitad con la vendedora el exceso dicho, está demostrando que el valor comercial de la cosa vendida, era, al tiempo del contrato, superior al doble de veinte mil pesos que figuró como contraprestación efectiva de parte de aquél".

Se configuran, entonces, en el contrato de compraventa tres hechos absolutamente claros, a saber:

a) El comprador no pagó el precio con relación a veinte mil pesos;

b) El valor comercial de la cosa vendida era superior, a la sazón a cuarenta mil pesos;

c) El comprador incumplió la obligación de propiciar una compraventa del inmueble dicho a un tercero dentro del término de tres años a contar de la fecha de la escritura, el cual venció el 26 de marzo de 1952.

Sobre estos antecedentes se formularon las siguientes súplicas:

1ª—La resolución del contrato contenido en la escritura número 2.649 citada, "por falta de pago de precio, con perjuicios, costas y frutos, éstos desde la fecha de la escritura mencionada, considerando al demandado como poseedor de mala fe".

"En primer subsidio: la rescisión del contrato de compraventa por lesión enorme, con iguales obligaciones accesorias a las expresadas en la primera petición principal. En segundo subsidio: La resolución del mismo contrato, por incumplimiento, de parte del comprador, de la cláusula cuarta, que habla de la reserva de la vendedora, con iguales obligaciones accesorias expresadas en la primera petición principal.

"En tercer subsidio: el reembolso de $ 15.000.00 que constituye la diferencia entre $ 20.000.00 y $ 35.000.00 que fueron los dos precios posibles de la cosa vendida... En todos los casos, excepto en el último, que se decrete la reivindicación del inmueble especificado, con las prestaciones mutuas correspondientes".

El negocio fue rematado por fallo de primer grado declarando probada la excepción de acumulación indebida de acciones. Tanto demandante como demandado apelaron de esta providencia para ante el Superior que por sentencia de cuatro (4) de febrero citado revocó la del Inferior; negó "las declaraciones impetradas por la Srita. María Restrepo Toro en los ordinales 1º como principal y primera como subsidiaria, en cuanto se pide la resolución del contrato de compraventa de que habla la escritura pública número 2.649 de 1949 y como condicionada a la rescisión por lesión enorme del mismo pago". En relación con las demás acciones subsidiarias declaró "establecida contra ella la excepción perentoria de petición de modo indebido". Condenó en costas de la instancia a la parte demandante, la que interpuso el recurso de casación contra la sentencia. El fallador de instancia al estudiar de fondo las peticiones del libelo para llegar a las conclusiones de su fallo considera:

a) Que la demandante afirma que no hubo pago de precio, en contradicción misma con el texto de la escritura número 2.649 que hace relación a la forma de pago así:

"Cuarto.—Que hace venta en la suma de veinte mil pesos, de los cuales declara recibidos de contado ocho mil pesos, y los doce mil pesos restantes los deja en poder del comprador Gómez para que atienda al pago del gravamen hipotecario dicho...".

Que sobre la interpretación del artículo 1934 del C. C. "Los doctrinantes han expuesto que en relación con las partes otorgantes de la escritura es de recibo otra prueba diferente a la nulidad o falsificación del título escriturario, deducción que se hace al relacionar esta disposición con el contenido del artículo 1757 ibidem. Pero también la prueba autorizada para destruir el contenido mismo de la declaración de haberse pagado o recibido el precio tiene su limitación en orden al canon de la Ley 153 de 1887 que prohibe admitir la prueba de testigos en cuanto altere o adicione lo expresado en el contrato escrito o sobre que alegue haberse dicho antes o después del acto. Y agrega el texto: 'Aun cuando en una de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la suma de quinientos pesos'".

Rechaza el fallador la prueba de testigos traída por el actor para desvirtuar el contenido de su confesión consignada en el título escriturario, ora porque esa prueba no es admisible, ya porque

los testimonios no resisten a la crítica hecha por el sentenciador;

b) Que en relación a la rescisión por lesión enorme, la súplica no puede prosperar porque del promedio de las cantidades en que se estimó por los tres peritos el valor de la propiedad a la fecha del contrato, no se llega a la mitad del precio a que se refiere el artículo 1947 del C. C. En efecto, los peritos señores Luis Sánchez, Daniel Molina Correa y Fabio Naranjo señalaron respectivamente, los siguientes valores: $ 33.252; $ 29.940 y $ 42.000, lo que da un promedio de $ 35.044.00.

c) "Por último, dice el fallo, en cuanto a los demás pronunciamientos impetrados y que se relacionan con el convenio o contrato de adición de que dá cuenta la reserva que hizo en la escritura la señorita Restrepo Toro de que presentándose un comprador en el plazo de tres años contados desde la fecha del contrato el mayor valor de $ 35.000.00, en que fuere vendida la propiedad común de acuerdo, tal exceso sería repartido por iguales partes; sobre esto se expone: Como estas peticiones se refieren a la resolución del contrato por este aspecto y al pago de una suma de dinero procedente del mismo, su estudio se hace imposible ahora, toda vez que en este contrato adicional o como se le denomina de "Adición de día", para los efectos de su cumplimiento, el procedimiento es especialísimo y se halla contenido en el artículo 1095 del C. J., por mandato expreso del artículo 1109 de la misma obra, en tal forma que sobre estas dos declaraciones debe entonces pronunciarse sobre la excepción de petición de modo indebido, para que si es el caso proceda el actor a su ejercicio, si es que considera poseer tal derecho".

La casación

El recurrente formula sus ataques contra la sentencia en dos capítulos que contienen tres cargos así:

Primer cargo.—Dice el recurrente: "El Tribunal, al no admitir la contraprueba a la declaración de la cláusula cuarta de la escritura pública número 2.649 de 26 de marzo de 1949, de la Notaría 4ª de Medellín, en que la vendedora 'declara recibidos de contado $ 8.000.00....', que tuvo por consecuencia la denegación de lo impetrado en la petición primera principal de la demanda sobre resolución del contrato de compraventa, por no pago de precio, violó las siguientes disposiciones sustantivas del C. C. Los artículos 1934 y 1757 por interpretación errónea: el artículo 91 de la Ley 153 de 1887, por el mismo concepto; el artículo 93 de esta misma ley por falta de aplicación siendo el caso de aplicarlo; el artículo 1768 por no aplicación debiendo haberlo sido, y el artículo 1498, por interpretación errónea. Estas violaciones son consecuencia de errores de hecho y de derecho manifiestos en los autos en la apreciación de las pruebas, según pasa a verse...".

El recurrente fundamenta estos cargos declarando que de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte, "a las partes se les admite a contraprobar entre sí las estipulaciones hechas en instrumentos públicos con base en los artículos 1759 y 1934"; que si esto es así, el interesado debe acudir a los diversos medios de prueba que indica el inciso segundo del artículo 1750 del C. C., 'sin que para valerse de la prueba testimonial, obste lo dispuesto por el artículo 91 de la Ley 153 de 1887 que el Tribunal interpretó erróneamente porque la excepción consagrada en el artículo 93 ibidem fue la disposición que debió aplicar; que si en el caso del pleito la vendedora estuvo en imposibilidad de tener la prueba preconstituída escrita sobre el no pago de precio, la actora pudo eficazmente acudir a las pruebas testimonial e indiciaria para acreditar suficientemente el hecho del no pago del precio; y que por esto el fallador incurrió en error de derecho al pretender interferir la eficacia de la prueba testimonial con el contenido del artículo 91 de la citada ley.

Que el fallador, agrega, incurrió en error de hecho al no aceptar el dicho de dos testigos cuando el artículo 697 del C. J. dice que dos testigos hacen plena prueba.

Se considera:

El cargo está específicamente fundamentado en errores de hecho y de derecho en la apreciación de pruebas; se trata, pues, de una violación indirecta de las disposiciones sustantivas citadas por el recurrente, algunas de las cuales, como se deduce de su lectura, no son pertinentes en casación.

Estima el recurrente que el fallador incurrió en error de derecho al no haberle dado a la prueba testimonial producida en el juicio el valor probatorio que legalmente le corresponde violando consecuencialmente los artículos 1934 y 1757 del C. C.

Si se hubiera de aplicar literalmente el artículo 1934 citado por el recurrente, se quebraría el fundamento del ataque. El precepto dice: "Si en la escritura de venta se expresa haberse pagado

el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario, sino la nulidad o falsificación de la escritura y sólo en virtud de esta prueba habrá acción contra terceros poseedores".

Sin embargo la jurisprudencia de la Corte expresada en numerosos fallos, algunos de los cuales cita la parte opositora en el escrito respectivo, ha considerado que esta disposición tiende a la protección de legítimos intereses de terceros. Pero en cuanto a las declaraciones que hayan hecho los otorgantes en escritura pública, permiten prueba en contrario dentro de los límites y en los casos señalados por los artículos 91, 92, y 93 de la Ley 153 de 1887.

Si la declaración que haga el vendedor de haber recibido el precio constituye una confesión pasada ante el depositario de la fe pública, es de lógica jurídica que para desvirtuarla se imponga la restricción probatoria, a que aluden los preceptos citados. Así la Corte ha dicho en fallo de 30 de agosto de 1945: "El artículo 1759 establece que las obligaciones y descargos contenidos en el instrumento hacen plena prueba respecto de los otorgantes. Y aun cuando esto no quiere decir que los otorgantes carezcan del derecho de contraprobar contra lo expresado en una escritura, el artículo 91 de la Ley 153 de 1887 se opone a la admisión de la prueba de testigos en cuanto adicione o ALTERE lo que se exprese en el acto o contrato, salvo lo establecido en el artículo 93 de la existencia de un principio de prueba por escrito, emanado del demandado y que haga verosímil el hecho litigioso". Y la misma Entidad en Sala Plena de Casación Civil en sentencia del ocho de junio de 1954 ha sentado doctrina en el sentido de que la parte que quiera favorecerse con la excepción de imposibilidad para haber obtenido una prueba escrita, debe "comprobar satisfactoriamente" que se vio en imposibilidad física o moral de haberla podido obtener. No basta la sola afirmación de la imposibilidad, como lo hace el recurrente, para que sea exonerado de la presentación del principio de prueba por escrito que pueda ser completada con la comprobación testimonial.

Y en el caso objeto de estudio, el fallador no solamente le hace una crítica razonable a las declaraciones de los testigos que obran en juicio que haría que la Corte no pudiera aceptar el error de hecho en la apreciación hecha por el Tribunal, sino que en obedecimiento a los citados mandatos de la ley 153, rechazó la prueba testimonial como suficiente para contraprobar la declaración hecha por el vendedor en la escritura de haber recibido el precio de la venta en la forma que reza el título. Ni se ha incurrido en error de derecho con la invocación del artículo 697 del C. J., porque las disposiciones de los artículos 91, y 93, como especiales, son las de imperativa aplicación al caso que se cuestiona.

No se acepta el cargo.

Segundo cargo.—Se formula así: "El Tribunal, al no decretar la segunda petición subsidiaria, o sea la rescisión por lesión enorme del contrato de compraventa contenido en la escritura número 2.649 violó, por interpretación errónea el artículo 1947 del C. C., y por falta de aplicación siendo el caso de aplicarlo, el artículo 1498 ibidem, procedente de error de hecho manifiesto en los autos, en la apreciación de la diligencia de avalúo practicada por los peritos".

En varios apartes el recurrente fundamenta este cargo. Critica el que el Tribunal se hubiera atenido simplemente al resultado aritmético de los valores señalados por los peritos para declarar que no se hallaba comprobada la lesión enorme y dice: "Como si un mecánico promedio aritmético, entre tres cantidades analizadas por todos los aspectos, pudiera dar la clave del hondo sentido de vivencia móvil, que debe tener ante la vida del comercio jurídico y de la relatividad de las cifras, el violado artículo 1947 del C. C.".

Manifiesta que el artículo 721 del C. J., no autoriza el procedimiento adoptado por el Juez fallador al buscar el promedio de valores de los tres experticios porque el precepto se refiere al dictamen de dos peritos y que en ese evento ha debido tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 723 ibidem, haciendo algún análisis de los respectivos conceptos.

Y por último reitera que el fallador incurrió en error de hecho al apreciar, como apreció, los referidos dictámenes para deducir de ellos, aplicando el promedio aritmético que no estaba demostrada la lesión demandada. Al efecto, el recurrente declara que el Tribunal ha debido tener en cuenta los números índices económicos que operaban a la fecha del contrato poniéndolos en relación con los vigentes en la época del avalúo Sobre esto hace una interesante exposición para llegar a la conclusión de que si se hubieran tenido en cuenta tales factores por parte del Tribunal al analizar el avalúo de los expertos, esto hubiera dado una cifra mayor a la cantidad exigida legalmente para que hubiera podido prosperar la acción. Al efecto hace las operaciones del caso.

Se observa: El procedimiento adoptado por el

fallador al buscar el promedio aritmético de los tres dictámenes es legalmente aceptable, puesto que si se advierte diferencia entre los conceptos de dos de los peritos, necesariamente debe intervenir el tercero para que dirima la diferencia entre esos conceptos, ya sea adhiriendo a uno de ellos, o apartándose de ambos, rindiendo un concepto propio. Sobre esta cuestión la Corte se expresó en casación del 20 de junio de 1941, así: "Múltiple y reiterada ha sido la jurisprudencia de la Corte en el sentido de que la prueba pericial no obliga sino mediante la valuación jurídica del Juez, que es a quien corresponde, en definitiva, determinar el valor probatorio del peritazgo. Pero esta facultad judicial de apreciación fundamental del peritazgo no autoriza, tratándose en avalúo o de cualquier regulación en cifra numérica, para que los Magistrados o Jueces procedan a fijar el precio o la estimación de las cosas que deben ser apreciadas o estimadas para decidir la controversia, con prescindencia o alteración del dictamen pericial, como lo establecía el código derogado. Ahora los casos que pueden ocurrir sobre justiprecio judicial del mérito del peritazgo cuando se trata de avalúos o de cualquier otra regulación en cifra numérica están provistos y regulados en el artículo 721 del C. J., así: "Si el dictamen uniforme de dos peritos es explicado y está debidamente fundado en concepto del Juez, en relación con todos los elementos del proceso, y ha sido además, obtenido con observancia de las fórmulas y requisitos legales, tiene el valor de plena prueba y obliga al Juez". Si hay desacuerdo entre los dos peritos por divergir en la conclusión del valor, **quantum debeatur**, como el artículo que se estudia ha de relacionarse con el 716 del C. J., la intervención del perito tercero puede plantear una de esas dos situaciones, cuando no adhiere al dictamen de uno de los principales; si las tres cifras del avalúo son distintas y la diferencia entre los dos extremos no excede del cincuenta por ciento de la cantidad menor, el Juez queda obligado, naturalmente si se llenan también las condiciones generales ya vistas, por el medio aritmético, esto es, la cifra que resulte de dividir por tres la suma de las tres cantidades. En el caso de que la diferencia entre las cifras extremas de los tres avalúos exceda de la cantidad menor, es el único evento en que el Juez tiene facultad legal para hacer la regulación que estime equivalente conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso, o para decretar de oficio otro avalúo por medio de peritos que él designe". (Casación, 20 junio 1941, LI, 296; 21 agosto 1941, LII, 211).

En cuanto dice relación a las otras críticas formuladas por el recurrente al fallo acusado, no pueden prosperar por las siguientes razones:

a) Porque al fallador de instancia no se le produjo dentro del juicio prueba distinta del dictamen pericial, y a él debía atenerse en obedecimiento de la Ley;

b) Porque los dictámenes de los peritos no fueron objetados en forma alguna. No se les pidió aclaración de sus conceptos dentro del término respectivo para que allí hubiera podido tener en cuenta las anotaciones que sólo en casación formula el recurrente como ataque en la apreciación hecha por el Tribunal;

c) Porque el ataque hecho por el recurrente en este aspecto constituye un medio nuevo que no es admisible en casación ya que no fue debatido en instancias; ni la Corte tiene a su consideración elementos probatorios dentro del juicio que respalden las afirmaciones hechas por el recurrente sobre los números índices económicos a que alude en el cargo. Dentro del sistema dispositivo que domina el procedimiento civil, el Juez se mueve sólo sobre los hechos alegados por las partes y que se hallen debidamente probados.

Consecuencialmente se rechaza el cargo.

Capítulo II.—Tercer cargo. "Con imputación a la causal 2ª del artículo 520 así como a la 1ª ibidem (subraya la Corte), el Tribunal al abstenerse de estudiar y pronunciarse sobre las peticiones segunda y tercera subsidiarias de la demanda y, en consecuencia, decir... 'Segundo.—En relación con las demás acciones subsidiarias, se declara establecida contra ellas la excepción de petición de modo indebido, violó las siguientes disposiciones sustantivas del C. C., artículo 1944, por indebida aplicación; el artículo 1945, por omitir aplicarlo (infracción directa), siendo el caso: y los artículos 1494, 1501, 1602, 1603, 1618, 1619, 1620, 1608, y 1610 —inciso 2º y regla 3ª— todos por falta de aplicación, debiendo ser aplicados. Tal violación proviene de error de hecho, manifiesto en los autos, en la apreciación de la prueba contenida en la cláusula 5ª de la escritura número 2.649 de 26 de marzo de 1949".

La Corte considera: El recurrente cree que el Tribunal incurrió en error de hecho al estimar que en la aludida cláusula quinta, atrás inserta, hay un pacto de "adición a día", recogida por el artículo 1944 en lo sustantivo y por el 1085 del C. J. Para sostener esta afirmación se hace un es-

tudio de la mentada, cláusula quinta con el cual se pretende evidenciar el error.

Se considera:

Contra toda la técnica de casación está formulado este cargo. Se le hace aparecer fundado en la causal 2ª del artículo 520 del C. J., y, se involucra también la causal 1ª, cuando es sabido y así lo ha consagrado la Corte en numerosos fallos, que teniendo las causales enumeradas en el artículo 520 del C. J., naturaleza y fines propios, en la demanda deben individualizarse, distinguirse y formularse en capítulos separados ya que ellas tienen fundamentaciones específicamente distintas. Por este solo aspecto el cargo podría rechazarse, No obstante se hacen las siguientes consideraciones:

La causal 2ª dice: "No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes". El fallador de instancia estudió y resolvió las cuestiones propuestas. Respecto a las peticiones subsidiarias segunda y tercera, llegó a la conclusión de que no podían ser falladas en el fondo porque el procedimiento señalaba para ellas una vía distinta indicada por la ley, y en consecuencia, declaró la excepción de petición de modo indebido que tiene un carácter formal y temporal.

"El simple hecho de declarar probada una excepción perentoria y de abstenerse de condenar por tal causa, es suficiente para excluir la posibilidad de inconsonancia, pues únicamente cabría entonces violación directa o indirecta de la ley sustantiva, como resultado de error en la prueba, también acusable dentro de la causal primera". (Casación Civil, septiembre 5 de 1953).

Por este aspecto no procede el cargo.

En cuanto dice relación al ataque irregularmente formulado en este cargo, cubriéndolo con la causal primera, se advierte:

a) En la letra c) de los antecedentes del negocio se ha transcrito la parte de la sentencia a que se refiere el cargo. El recurrente estima que no tratándose en la cláusula quinta del contrato de una "adición a día", el procedimiento ordinario con que se ha tramitado el juicio era el de rigor para que el fallador hubiera resuelto la cuestión planteada en la demanda, no declarando la perentoria, remitiendo al actor al procedimiento especial consagrado en los artículos 1097 y ss. del C. J.,; y que por lo tanto fueron violadas las normas citadas en el cargo.

La cláusula escrituraria dice: "Se advierte que por convenio entre las partes la vendedora se reserva el que el mayor valor de treinta y cinco mil pesos en que esta propiedad se venda en el curso de tres años contados de hoy en adelante será repartido entre la vendedora y el comprador por iguales partes debiéndose efectuar la venta de común acuerdo, aun cuando en dicha venta el señor Gómez reciba parte del valor en créditos asegurados en la propiedad misma".

b) La Corte en diversos fallos ha consagrado la siguiente doctrina: "La interpretación de un contrato es una cuestión de hecho, una estimación circunstancial de factores diversos, probablemente establecidos en el juicio de tal manera que no es posible que sea desestimada por la Corte, sino al través de la alegación demostrada de un evidente error de hecho que ponga de manifiesto incuestionablemente una arbitraria interpretación judicial de la voluntad de los contratantes.

"Además, cuando una cláusula de un contrato puede prestarse a varias interpretaciones razonables, la adopción de cualquiera de ellas por parte del juzgador, no genera error de hecho, puesto que donde hay duda no puede haber error manifiesto". (Casación civil, noviembre 7 de 1953, T. LXXVI, números 2136-2137).....737, 1º

c) Dice el recurrente que en la cláusula no se pactó la resolución, sino que se habló de una nueva venta hecha por Gómez "desde luego con la venia de la señorita Restrepo"; se demandó la resolución del contrato por virtud "de la regla general sobre contrato incumplido; a lo cual se contesta, que las disposiciones especiales del procedimiento, Título XXXVI, sobre "pactos accesorios de la compraventa", contemplan también la resolución del contrato por incumplimiento de lo pactado en las adiciones al mismo.

d) Dice, asimismo, el recurrente que el pacto de adición a día no se acuerda con duración mayor de un año y que no se pactó mejora del precio para la vendedora, sino la partición de un exceso de "sobreprecio"; a lo cual se observa que la fijación de un término de tres años implicaría o que la cláusula es nula o que ese lapso condicional debe reducirse al legal, pero ello no afectaría la naturaleza de la adición; por lo demás, el comprador podría allanarse a pagar el sobreprecio, porque éste es un derecho que la ley le otorga.

No es exacto, como lo afirma el recurrente, que sobre el comprador pesara exclusivamente la obligación de buscar compradores que mejoraran la suma pactada en la cláusula quinta; era la vendedora quien tenía interés directo en esa operación y ella ha debido tratar de realizarla.

En todo caso la cláusula aludida entraña una

adición; su incumplimiento podía dar origen al procedimiento especial señalado por el fallador. Y en esa apreciación no le es dable intervenir a la Corte porque no aparece de manifiesto el error de hecho en que hubiera incurrido el Tribunal, apreciación que fue la que le sirvió de base para declarar la excepción de petición de modo indebido.

No se acepta el cargo.

En mérito de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Medellín objeto del recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, e insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Ignacio Gómez Posse — Agustín Gómez Prada. Luis Felipe Latorre U. — Alberto Zuleta Angel. Ernesto Melendro Lugo, Srio.

SOCIEDAD DE HECHO. — SOCIEDADES COMERCIALES ENTRE PADRES E HIJOS. — LA CIRCUNSTANCIA DE QUE EL HIJO HABITE EN UNA MISMA CASA CON SUS PADRES O CON ALGUNO DE ELLOS, DE QUE SE PRODIGUEN ATENCIONES MUTUAS, VIVAN EN ARMONIA Y SE DISPENSEN ASISTENCIA ECONOMICA, NO ES BASTANTE PARA PRESUMIR LA EXISTENCIA DE UNA SOCIEDAD ENTRE ELLOS. — LA INDUSTRIA DEL HIJO DE FAMILIA NO PUEDE POR SI SOLA FIGURAR COMO APORTE EN SOCIEDAD DE HECHO CON EL PADRE O MADRE BAJO CUYA POTESTAD VIVE. — LA SOCIEDAD DE HECHO EXIGE PARA SERLO QUE SE REUNAN LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LAS SOCIEDADES REGULARES

1.—La circunstancia de que el hijo habite en una misma casa con sus padres o con alguno de ellos por muerte del otro y, principalmente, con la madre después de fallecido el padre, y de que la madre y el hijo se prodiguen atenciones mutuas, vivan en armonía, se ayuden en todo y se dispensen asistencia económica, no es bastante para presumir la existencia de sociedad entre los dos, ni siquiera como puramente de hecho, desde luego que se halla de acuerdo con las relaciones naturales entre los padres y los hijos, aún después de la mayor edad, aquella delicadeza de tratamiento, que ha de estar siempre en consonancia con los mejores sentimientos de la especie humana.

2.—No es imposible ni contradice las conveniencias generales que el contrato de sociedad, para diversos fines de especulación aceptados por el derecho, llegue a configurarse entre padres e hijos plenamente capaces. Pero entonces la sociedad regular tendrá las probanzas que le son propias, de la misma manera que su configuración nada más que por su virtud de hechos asociantes exige que sea demostrada en forma incontrovertible, por medios que no ofrezcan ningún género de duda acerca de la reunión de todos los elementos constitutivos de la sociedad, a la que para vivir legalmente no hubiera de faltarle ninguna de las condiciones estructurales de hecho, sino sólo el cumplimiento de las solemnidades exigidas, en su caso, por el régimen jurídico.

3.—La sociedad, aunque se trate nada más que de las sociedades de hecho, se integra por elementos esenciales bien determinados. Es necesario entre las partes el acuerdo de voluntades, siquiera sea implícito, dirigido específicamente a reunir bienes y esfuerzos para fines de lucro en el campo de lo lícito, dentro del juego de intereses recíprocos que envuelven equivalencia de tratamiento y el ánimo ostensible e inequívoco de asociarse: AFFECTIO SOCIETATIS.

4.—Si falta la prueba documental directa que acredite la existencia de la sociedad como persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, es menester que de los hechos mismos pueda inferirse en forma clara y precisa que no otro fue el ánimo de quienes en pie de igualdad reunieron bienes y actividades para el logro de fines lícitos en la especulación económica.

5.—Es el juzgador de instancia quien está llamado a calificar las pruebas y a valorarlas con su propio criterio para formar convicción con base en inferencias, dentro de las que se mueven con autonomía los poderes discrecionales del juez, mientras no clamen contra la evidencia procesal.

La duda jamás sería apoyo razonable para desconocer los poderes del sentenciador, cuyo fallo se entiende estar ajustado a derecho. Mientras no haya contraevidencia o quebranto de los dictados del sentido común, prevalece la convicción a que llegó el sentenciador al calificar el nexo entre el hecho índice y el hecho indicado dentro de la prueba de presunciones simples que, es la llamada por lo común a demostrar la existencia de las sociedades que se forman por los hechos.

6.—En conformidad con el ordinal 1º, artículo 291 del Código Civil, el peculio profesional o industrial del hijo de familia está

formado por "los bienes adquiridos por el hijo en ejercicio de todo empleo, de toda profesión liberal, de toda industria, de todo oficio mecánico". Y como es obvio, no se trata de la industria considerada en sí misma, ni del oficio o empleo o profesión como tales, sino de los bienes adquiridos por el hijo de familia como fruto de esas actividades, no en el seno del hogar, donde se supone que apenas cumple con el deber elemental de auxiliar a sus padres, sino en campos extraños a la familia. Se contemplan por el legislador los efectos y no la causa: el patrimonio más o menos importante que el hijo de familia pueda formarse por el ejercicio de una profesión o industria, y se le mira como emancipado o habilitado de edad para el manejo y disfrute de tales bienes, en que el padre no goza del usufructo legal. Pero esto mismo señala que la industria del hijo de familia no puede por sí sola figurar como aporte en sociedad de hecho con el padre o madre bajo cuya potestad vive.

Además, nunca podría entenderse que haya tratamiento igualitario entre quien está subordinado a otra persona por virtud de potestad legítima, reconocida y organizada por el derecho, en el caso de los padres y los hijos de familia.

7.—La sociedad de hecho, cualquiera que sea su categoría, exige para serlo que se reunan los elementos esenciales de las sociedades regulares.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, octubre veintiuno de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez)

Al morir Aníbal Rojas en 14 de abril de 1933, su hijo mayor Jorge Aníbal Rojas, habido en la cónyuge sobreviviente Hercilia Ruano v. de Rojas, abandonó el colegio donde estudiaba, para reemplazar a su padre en los trabajos agrícolas de que vivía el grupo familiar. Jorge Aníbal contaba a la sazón 18 años cumplidos, y aparece que su tesonera labor aplicada día por día a las faenas del campo, en el ambiente hogareño presidido por la madre, le permitió con el transcurso del tiempo adquirir algunos bienes de fortuna, no sin prestar su ayuda para la educación y establecimiento de sus hermanos.

A base de que entre la madre y el hijo se formara una sociedad de hecho, a virtud de actos y operaciones continuados de explotación agrícola y ganadera, cumplidos por los dos socios en colaboración conjunta y recíproca durante lapso superior a 15 años, Hercilia Ruano v. de Rojas demandó a Jorge Aníbal Rojas para que se declarara que los bienes raíces, muebles y semovientes relacionados en el libelo pertenecen a la sociedad de hecho así formada, y no exclusivamente a Jorge Aníbal Rojas. En subsidio, pidió la declaración de que los mismos bienes le pertenecen de manera exclusiva a la actora y no al demandado, "a pesar de figurar éste como adquirente en los respectivos títulos adquisitivos del derecho de dominio y propiedad (sic), por carecer de patrimonio propio con qué adquirirlos, pues el dinero con el cual fueron comprados era de su madre, derivado de la venta de las cosechas de papa, trigo, recolectadas en fincas tomadas en arrendamiento, en varios años." Explica la solicitud subsidiaria por el evento de que se considerara que "Jorge Aníbal Rojas, por ser hijo de la señora Hercilia Ruano v. de Rojas, no prestó, en los actos de explotación agrícola y ganadera una colaboración en un plano recíproco de igualdad, sino en su condición de hijo de familia subordinado a su madre, obrando en todas esas actividades bajo su control y dependencia intelectual, moral y física."

Enumeró cuarenta y cuatro hechos y estimó la cuantía de la acción en más de $ 100.000.

Puso término al litigio en primera instancia el fallo proferido por el Juez 1º Civil del Circuito de Tunja con fecha 15 de septiembre de 1953, en que resolvió:

"**Primero.**—Absuélvese al demandado Jorge Aníbal Rojas Ruano de anotaciones civiles conocidas en los autos de los cargos formulados en la demanda que dió origen al presente juicio.

"**Segundo.**—Cancélese la inscripción de la demanda, para lo que se librará el despacho correspondiente.

"No se hace especial condenación en costas."

En el segundo grado resolvió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en su sentencia de 18 de enero del año en curso, confirmar la de primera instancia, con costas a cargo de la parte demandante, quien oportunamente interpuso el recurso de casación.

Estima el recurrente que por vía indirecta

el sentenciador infringió el artículo 2083 del Código Civil, por no haberlo aplicado al caso de autos, debido a errónea apreciación de elementos probatorios que obran en el proceso. Dice que el Tribunal "cayó en el error de hecho manifiesto de dar como no establecida en autos la existencia de la sociedad de hecho que se formó entre Hercilia Ruano v. de Rojas y Jorge Aníbal Rojas, conclusión que lo llevó equivocadamente a no decretar la liquidación de las operaciones sociales y partición de haberes sino de absolver de los cargos al demandado que pretende quedarse con todos los bienes."

Considera que la demanda inicial del juicio sitúa la sociedad en la categoría de las que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma actividad, a través de un conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúan en común tales personas, de donde se induce el consentimiento implícito. O sea, que se trata de sociedad creada de hecho o por los hechos, dentro de la nomenclatura general aplicable en la materia.

Agrega:

"El Tribunal hizo la afirmación de que no se han establecido en el expediente las características de la sociedad creada de hecho o por los hechos, porque hizo una errónea o deficiente apreciación de las siguientes pruebas y porque omitió la apreciación de otras, como en seguida se verá:

"a) El documento privado de fecha 12 de enero de 1934, recoge el contrato de arrendamiento celebrado entre el doctor Joaquín Rodríguez Gutiérrez y la señora Hercilia Ruano v. de Rojas, relativo a la finca de "El Origen", ubicada en vereda de Tras del Alto, jurisdicción de Tunja, con determinación de los dos lotes que la integran y que eran los mismos que había tenido en arrendamiento el señor Aníbal Rojas (padre) en los tres años anteriores. La señora Hercilia tomó en arrendamiento la hacienda "por el término forzoso de un año prorrogable a voluntad de ambas partes" (f. 1 y 2 del C. 2).

"b) A folio 44 del cuaderno 2 certifica la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero —Sucursal de Tunja—: "2º Que en el año de 1933 la institución otorgó un crédito de $ 140 con plazo de seis meses y prenda agraria a la señora Hercilia R. v. de Rojas y al señor Jorge Aníbal Rojas comprometiendo su responsabilidad mancomunada y solidariamente."

"c) A folios 3 y 4 del cuaderno 2 corre parcialmente el documento en que consta el préstamo otorgado por la Caja de Crédito Agrario a que se refiere el punto anterior, por la suma de $ 140 que los deudores Hercilia Ruaño (sic) v. de Rojas y Jorge Aníbal Rojas se obligaron a devolver "al vencimiento de seis meses contados desde hoy o sea el día 21 de junio de 1933", lo que indica que el documento se suscribió el 21 de junio de 1933. Dicho documento contiene la siguiente importantísima cláusula en que no paró su atención el sentenciador.

"Segunda.—Para asegurar el cumplimiento oportuno de todas las obligaciones que el presente documento les impone, además de comprometer su responsabilidad personal, el deudor constituye prenda agraria a favor de la Caja de Crédito Agrario e Industrial sobre los bienes que pasan a expresarse, cuya tenencia conservará el deudor en nombre de la Caja de Crédito Agrario e Industrial en calidad de depositario, bienes que son de su exclusiva propiedad, que posee quieta y pacíficamente y que se hallan libres de toda clase de gravámenes, embargo o pleito, a saber: Un lote de ganado con un total de diez (10) cabezas de ganado vacuno, siete (7) cabezas de ganado caballar y veinte (20) cabezas de ganado lanar, así: (Aquí el recurrente copia el pormenor de estos ganados y la circunstancia de que les fue puesto el herrete de la Caja Agraria). Y continúa:

"La cláusula tercera del mismo documento dice: Los bienes que se relacionan en la cláusula anterior, valen en concepto del deudor la suma de $ 500 y se encuentran en una finca denominada "El Origen" ubicada en jurisdicción del Municipio de Tunja....."

"Las dos hojas del mencionado documento están escritas en papel sellado de uso de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y se complementan en cuanto a su valor probatorio con el certificado de la misma entidad, de que atrás se hizo mérito".

Hace hincapié en el significado de estos elementos para demostrar la existencia de la sociedad de hecho entre madre e hijo, y estima que el Tribunal incurrió en equivocación manifiesta al desconocerles mérito probatorio. Alega que la sociedad creada por los hechos no surge del contrato, sino de la común labor de dos o más personas en una misma explotación." "Precisamente, dice, el art. 2083 del Código Civil faculta la liquidación de esas situaciones de hecho cuando no pueden subsistir legalmente ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno. Luego es ocioso, por lo menos, exigir que se cum-

plan los requisitos del contrato para que se dé una situación de hecho que la ley contempla por fuera de los contratos. Es una situación resultante de los hechos, no arreglada conforme a derecho. Y entonces la obligación de liquidar el patrimonio común y de repartir las utilidades tiene por fuente la ley —el artículo 2083 del Código Civil— no el acuerdo de voluntades de quienes cooperan a la explotación común."

Antes de ocuparse determinantemente la demanda de casación en el estudio de numerosas declaraciones aportadas al debate, dice:

"Sobre la abundante prueba testimonial allegada por ambas partes en las dos instancias, el Tribunal considera de mayor valor probatorio la suministrada en favor del demandado, para concluír que no hubo sociedad de hecho entre la madre y el hijo. La síntesis de su estudio se halla en estos dos párrafos:

"Del estudio atento de las declaraciones de cargos y descargos, se advierte que algunas de las primeras, no obstante la alcurnia moral y la indiscutible honorabilidad de donde provienen, tiene un carácter conceptual como deducción de lo que apreciaron los testigos en sus relaciones comerciales con Jorge Aníbal Rojas, pero no son lo suficientemente explícitas en la relación de los hechos de donde pudieron apreciar la existencia de la sociedad formada, según esos testimonios, por Hercilia Ruano v. de Rojas y su hijo Jorge Aníbal Rojas". (fs. 45 v. y 46, C. 4).

"En resumen, para el Tribunal tienen mayor valor probatorio las declaraciones de aquellos testigos directos que exponen sobre hechos concretos, máxime cuando entre estos declarantes se encuentran también personas de reconocida honorabilidad y distinción, y cuando su dicho se halla en armonía con los demás elementos de prueba, que la exposición de los que declaran honorablemente, pero basados en las apariencias y en el concepto personal que se hayan podido formar de algunos negocios, porque estas deducciones son más propias para fundamentar un dictamen pericial, más bien que para exponer en una declaración que por su naturaleza tan sólo debe referirse a la narración de hechos concretos para que el juez los aprecie en su valor legal." (f. 47 C. 4).

"Para el Tribunal no son directos y concretos los testimonios que dan cuenta de la colaboración de la señora Hercilia en la explotación de la finca, sino las de quienes dicen que Jorge Aníbal lo hacía todo. Sin embargo, el examen de las declaraciones, convence del error manifiesto en que incurrió el Tribunal al apreciarlas."

En seguida la demanda de casación examina y comenta los testimonios de Clodoveo Avella Gómez, Cecilia Rodríguez de Avella, Joaquín Rodríguez Gutiérrez, Benigno Rodríguez Gutiérrez, Avelino García, Salvador Suárez, Manuel Antonio Rojas, y Alejo Chinchilla; dice que el Tribunal dejó de apreciar la declaración de Eugenio Páez; contradice la apreciación del sentenciador sobre los testimonios que según la sentencia acusada favorecen al demandado Jorge Aníbal Rojas, y por último sintetiza el cargo en el sentido de afirmar que está demostrada en autos la existencia de la sociedad creada por los hechos entre Hercilia Ruano v. de Rojas y Jorge Aníbal Rojas, por una serie coordinada de operaciones, que puntualiza así:

"a) El documento de 12 de enero de 1934 por el cual la señora Hercilia tomó en arrendamiento la hacienda de "El Origen" al doctor Joaquín Rodríguez Gutiérrez;

"b) El crédito que Hercilia y Jorge Aníbal tomaron solidariamente a la Caja Agraria en 1933 y la prenda que constituyeron sobre los semovimientes y sementeras de propiedad de ambos en la finca de "El Origen";

"c) El hecho de que la señora Hercilia, quien tenía casa en Tunja, se hubiera traladado a vivir a la casa de la hacienda El Origen con el fin de orientar, activar y supervigilar las labores. De no tener parte en la explotación de la finca, no se habría ido a vivir en el campo, menos cuando tenía que educar a sus hijos pequeños;

"d) La aplicación de los animales de su propiedad a la explotación y aprovechamiento de la finca, pues el documento a favor de la Caja Agraria sobre el crédito concedido en 1933, expone que los bueyes, vacas, bestias y ovejas dados en prenda como de propiedad de los deudores, se encontraban en la finca de El Origen, naturalmente para beneficiarla;

"e) El contrato que hizo doña Hercilia con Salvador Suárez para que sirviera de muchacho mandadero en la hacienda y cuidara los semovientes, según declaración de éste;

"f) La intervención de la señora Hercilia en la orientación de los trabajos de la hacienda, especialmente en ausencia de Jorge Aníbal y en la preparación y suministro de los alimentos y bebidas a los trabajadores;

"g) El prolongado tiempo que dicha señora estuvo viviendo en la finca "El Origen", hasta

las proximidades del matrimonio de Jorge Aníbal Rojas.

"La acción de Hercilia y Jorge Aníbal se adelantó paralela y simultáneamente en orden a conseguir beneficios comunes porque todo su esfuerzo se empleó en el incremento de la explotación de la finca, impulsando las actividades de todo orden, sin que el uno entrabara o limitara las del otro, sino en plena armonía, como lo dice el testimonio del Oficial del Ejército Manuel Antonio Rojas a folio 60 del cuaderno 3º, quien vivía en la misma casa.

"La colaboración de Hercilia y Jorge Aníbal se desarrolló en un pie de igualdad, pues ninguno de los dos estuvo a sueldo del otro, ni excluído de las funciones directivas de la explotación. La distribución de funciones, uno en el manejo de los peones, el otro en la dirección y preparación de alimentos y bebidas para los mismos, no implica desnivel en la ejecución de las operaciones, sino racional organización del trabajo, y cuando Jorge Aníbal no estaba presente, la señora dirigía a los peones.

"No se trataba de simple indivisión o conservación o vigilancia de bienes comunes, o guarda, porque entonces no se habría tomado nuevamente en arrendamiento las haciendas de El Origen en 1934, hecho que renovado varias veces, implica el intento de buscar beneficios crecientes.

"Todo lo cual no fue examinado rectamente por el sentenciador, sino bajo los errores que he apuntado, lo que lo llevó a no reconocer la existencia de la sociedad de hecho y a absolver al demandado, con violación indirecta del artículo 2083 del Código Civil y luego de quebrantar de paso los artículos 294, 301, 399 de la misma obra y 597 del Código Judicial".

En el fallo acusado hizo el sentenciador las siguientes consideraciones:

"Análisis de los testimonios y su relación con las demás pruebas.—Del estudio atento de las declaraciones de cargo y descargo, se advierte que algunas de las primeras, no obstante la alcurnia moral y la indiscutible honorabilidad de donde provienen, tienen un carácter conceptual como deducción de lo que apreciaron los testigos en sus relaciones comerciales con Jorge Aníbal Rojas, pero no son lo suficientemente explícitas en la relación de los hechos de donde pudieron apreciar la existencia de la sociedad formada, según esos testimonios, por Hersilia Ruano v. de Rojas y su hijo Jorge Aníbal Rojas.

"Y era tanto mas necesario la relación y discriminación de los hechos, no solamente por ser esto lo esencial en una declaración, sino porque estaban de por medio las relaciones de familia entre madre e hijo, que obligaban a separar los hechos, ya como fruto de las relaciones de familia, ya como resultado de las operaciones comerciales. Así, por ejemplo, que la señora Hercilia vivía en la misma casa con sus hijos, y entre ellos Jorge Aníbal, y que atendiera a los oficios domésticos, es apenas natural que así lo hiciera, pues que de lo contrario habría faltado al cumplimiento de uno de sus deberes elementales de madre.

"No se conoce detalladamente la intervención de la señora Hercilia en la compañía agrícola habida entre uno de los declarantes y Jorge Aníbal Rojas; que la señora Hercilia tuviera en la finca de El Origen una tienda de donde se proveían de bebidas los trabajadores de Jorge Aníbal no es indicio necesario para concluir que existiera una sociedad de hecho entre los dos porque como lo asegura la mayor parte de los testigos, de dicha tienda se servían no solamente los trabajadores de la mencionada finca, quienes en últimas eran los que pagaban las bebidas con parte de sus jornales, sino que era un expendio público de la exclusiva propiedad de la señora Hercilia, a quien Jorge Aníbal cancelaba las cuentas de sus obreros deduciéndoles a éstos lo que gastaban a tiempo de pagarles el valor de su trabajo.

"En cuanto al manejo de la cocina y distribución de los oficios domésticos en relación con los trabajos agrícolas no es extraño que interviniera la señora de la casa como una compensación de los favores que madre y hermanos recibían de Jorge Aníbal; no obstante hay declarantes que afirman que el mismo demandado conseguía el servicio doméstico y que, en todo caso, era el que les cancelaba sus salarios.

"No se halla comprobado que la señora Hercilia dispusiera de los frutos del campo y de los animales que en éste había, a excepción de las gallinas. La casi totalidad de los testigos aseguran que el único que disponía en forma absoluta de tales bienes era Jorge Aníbal. Este hecho también se halla demostrado con el dicho de todos aquellos que en una u otra forma tuvieron negocios y contratos con el demandado. Y llama sobremanera la atención el que la demandante, en tanto tiempo que dice existió la sociedad, no hubiera logrado probar una siembra, una recolección de cosechas, una venta o una compra, etc.,

efectuada por élla y a favor de la sociedad de hecho de que habla.

"Las simples apariencias y el concepto personal, por más honorable que sea, que unos pocos testigos se hayan podido formar acerca de la naturaleza de un negocio, no desvirtúa la realidad jurídica de las cosas, ni el acervo probatorio que la respalda, fundamentada en hechos concretos, vistos, palpados y vividos por quienes ayudaron con su propio esfuerzo a formar un capital.

"Los numerosos testigos que aquí declaran, a excepción de muy pocos, fueron los que a diario compartieron con Jorge Aníbal las faenas agrícolas, y por lo mismo los que pudieron darse cuenta exacta de quién mandaba, quién ordenaba los trabajos, quién les pagaba sus jornales, quién compraba las herramientas, quién recolectaba y vendía las cosechas, quién disponía del dinero y quién aparecía como dueño y señor absoluto de todo lo que había en los campos aludidos.

"Las declaraciones de los doctores Ulises Rojas, Joaquín Rodríguez Gutiérrez y de la señora Eufemia Murillo v. de la Rotta, entre otras muchas, puntualizan hechos concretos que no dejan entrever el asomo de ninguna clase de sociedad entre los querellantes en el presente juicio.

"También llama la atención el que los préstamos bancarios, hipotecarios y personales tuvieron como único responsable a Jorge Aníbal Rojas, sin que en nada interviniera la señora Hercilia, y lo que es más concluyente, que todas las compras de bienes raíces, muebles y semovientes las efectuara el demandado, para su exclusivo provecho sin mencionar para nada a la mamá (sic), y sin que ésta y los demás hijos, en tantos años, le hubieran hecho el menor reparo al exclusivo comprador. (Fs. 33 v. y 34 v. del C. 2; 10 v. y 12 v. del C. 6; 1 a 6 del C. 1º; 35 v. y 40 a 53 v. del C. 3).

"Si en realidad hubiera existido la sociedad de hecho entre madre e hijo, posiblemente hubiera constancia en el expediente, por lo menos de una sola diferencia de criterio que hubiera surgido alguna vez, en tantos años, a consecuencia de la orientación de los negocios, de la inversión de los dineros, etc., etc.

"Las declaraciones de Avelino García y Salvador Suárez, como se ha visto atrás, dan testimonio de lo que vieron hasta los años de 1938 y 1940, respectivamente, y ya ha quedado demostrado con los testimonios de los señores Lucio Antonio Amaya, Luis Eduardo Amaya, Pablo Robles y otros, que fue desde el año de 1943 en adelante, cuando la agricultura empezó a dar alguna utilidad en las tierras de que se viene hablando, debido a los abonos químicos.

"En resumen, para el Tribunal tienen mayor valor probatorio las declaraciones de aquellos testigos directos que exponen sobre hechos concretos, máxime cuando entre estos declarantes se encuentran también personas de reconocida honorabilidad y distinción, y cuando su dicho se halla en armonía con los demás elementos de prueba, que la exposición de los que declaran honorablemente, pero basadas en las apariencias y en el concepto personal que se hayan podido formar de algunos negocios, porque estas deducciones son más propias para fundamentar un dictamen pericial, más bien que para exponer en una declaración que por su naturaleza tan solo debe referirse a la narración de hechos concretos para que el juez les aprecie su valor legal".

Trascribe en seguida el Tribunal varias doctrinas de la Corte en materia de sociedades de hecho. Se refiere en concreto a los elementos que deben reunir, y en último término copia el sentenciador estos apartes:

"El Contrato de sociedad, ya sea de hecho o de derecho, debe reunir ciertos elementos indispensables para que pueda calificarse como tal, a saber: ánimo de asociarse, aporte y participación de las utilidades. El primero de tales elementos, o sea la resolución de los contratantes de unir su esfuerzo y capitales para trabajar en común determinada industria o negocio, debe demostrarse plenamente, porque de lo contrario no puede sostenerse que exista el contrato social; el segundo elemento, o sea el aporte, también debe probarse con plenitud por ser de la esencia misma del contrato, y finalmente, es indispensable para demostrar la existencia de la sociedad que los socios tengan participación en las utilidades. La prueba de estas circunstancias es tan necesaria en la sociedad de hecho, como lo sería en la regular colectiva. La existencia de tales elementos es indispensable según lo afirman los tratadistas de derecho mercantil. Estasen, en su tratado sobre sociedades mercantiles, al hablar de sociedades iregularmente formadas, es decir, aquellas que carecen de las formalidades que la ley impone para su existencia, dice: "De lo dicho se infiere que no siempre que hay comunidad de intereses, de bienes, de trabajo o de aplicación de actividad humana hay sociedad, pues es preciso que haya habido intento, ánimo, consentimiento y conocimiento de constituir so-

ciedad para que ésta se entienda constituída; pero en cambio, siempre que se constituya una sociedad hay comunidad de bienes, de interés o de trabajo." En resumen, es preciso, para reconocer la existencia de una sociedad de hecho y decretar su liquidación, que quien ejercita esta acción pruebe plenamente que entre los socios hubo un pacto social; que consecuencialmente tuvieron el deseo o ánimo de asociarse o de trabajar en compañía en determinado negocio; que uno o más de esos contratantes puso al servicio del mismo capital, ya sea en dinero o en especies, o la simple industria. Sin que esta prueba se haya dado en forma plena no puede prosperar una acción como la intentada en el recurso que se estudia." (G. J. LXXIV Nº 2127, página 701).

Continúa el Tribunal:

"Concretando para el caso de autos los anteriores requisitos, se observa:

"1º—Animo de asociarse.—Lo natural y lo humano es que los padres vivan con los hijos y éstos con aquéllos. Sería prolijo entrar aquí a hacer un estudio de fondo sobre los derechos y deberes recíprocos que la ley civil ha consagrado en las relaciones de esta clase.

"Consta de autos que Jorge Aníbal tuvo que salir del colegio, muerto su padre, y siendo menor de edad afrontar las faenas del campo en asocio de su madre para atender a los gastos de la casa, y era así como se veía trabajar como cualquier peón, pero sin que la circunstancia de vivir en la misma casa con su madre y de que ambos impulsaran los trabajos agrícolas y ganaderos, según algunos testigos, pudiera estimarse como demostración externa de una sociedad de hecho entre los dos, porque además de la imposibilidad legal en que se hallaba Jorge Aníbal, debido a su menor edad, para ser socio de una sociedad, estaban de por medio los derechos y deberes recíprocos de madre e hijo, y los sentimientos de familia para con el resto de los demás hijos y hermanos.

"Ahora bien: llegado el demandado a la mayor edad, no hay ninguna circunstancia que haga presumir el ánimo de asociación comercial entre madre e hijo, sino que, ya Jorge Aníbal experto en los negocios, debido a las enseñanzas de sus padres y a sus experiencias personales y al crédito que desde un principio obtuvo, fue aumentando sus actividades y acrecentando utilidades que le permitieron atender al sostenimiento de la casa materna y a la educación de sus hermanos menores, en un principio, y luego desde el año de 1943, a formar un capital que le permitió comprar fincas raíces, muebles y semovientes. Los trabajos de la madre, si bien indispensables para su hogar, no se relievan con carácter de aporte necesario para presumir legalmente el ánimo de una asociación con un hijo que nunca pensó en tal sociedad, como lo afirma con insistencia, tanto en la contestación de la demanda, como en los cuadros de posiciones que se le hicieron absolver en el curso de este juicio.

"Ningún declarante dice haber oído en alguna época el arreglo verbal de la sociedad de hecho alegada en este juicio, ni tampoco asegura haber presenciado escenas entre madre e hijo de las cuales pudiera deducir el ánimo de asociarse comercialmente, lo que era indispensable en este caso, dada la vinculación entre madre e hijo, pues lo natural y presumible en este caso de familia es que madre e hijos trabajen y se apoyen para formar cada uno de la manera de orientar los pasos de su vida hacia el logro de su independencia económica llegada la mayor edad. Y se repite, lo presumible en una familia, entre padre e hijos, no es la sociedad comercial, sino el apoyo y la ayuda recíproca, y todavía más, tratándose de los padres para con los hijos, a quienes siempre se les apoya y se les busca el modo más adecuado para que triunfen en la vida.

"2º—Aporte de cada uno de los socios. —No hay prueba en el expediente del aporte pecuniario de la señora madre de Jorge Aníbal para formar con éste una sociedad. Y en cuanto a su ayuda intelectual, moral y material no se destaca otra, según las declaraciones, que la que una buena madre debe tener para con sus hijos, que se están preparando para enfrentársele a la vida, y la que resulta como una recompensa por las atenciones recibidas del hijo tanto para ella como para los hermanos menores.

"3º — Participación de las utilidades. — Tampoco aparece comprobado en el expediente que la señora Hercilia, madre del demandado, haya tenido participación en las utilidades de los negocios efectuados por su hijo. Y sorprende que en 16 años largos en que se alega existió la sociedad de hecho, la demandante no hubiera iniciado alguna acción contra el socio renuente en hacerla partícipe de lo que justamente le correspondía. No hay constancia de la menor queja formulada por el socio que dice trabajaba sin recibir utilidades en tanto tiempo de labores. Porque si en realidad hubiera existido sociedad comercial entre madre e hijo, es lógico que una vez que la finca explotada empezó a dar utilidades

superiores a las consumidas por las necesidades familiares, tales productos excedentes se habrían repartido proporcionalmente entre los socios. Pero no se advierte en las pruebas de este juicio la menor insinuación que dé margen para presumir el reclamo de la madre a fin de que Jorge Aníbal le entregara la parte de utilidades que le correspondían.

"En conclusión: No se demostró en el expediente la existencia de la sociedad de hecho alegada por la demandante. Prueba que por otra parte ha debido ser plena por tratarse de un asunto de tanta entidad y por estar de por medio las relaciones naturales, morales y legales entre madre e hijo.

"Por el análisis de pruebas que se ha hecho, tampoco se advierte en el caso de autos la existencia de una sociedad de hecho creada por los hechos.

"No aparece la serie coordinada de hechos de explotación común, ni la acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficios, ni la colaboración desarrollada en un pie de igualdad entre los presuntos socios, características señaladas por la H. Corte Suprema de Justicia para esta clase de sociedades, a más de que no se trata de una simple indivisión, tenencia, etc. etc."

Se considera:

Las obligaciones y derechos recíprocos entre padres e hijos de familia obedecen a coeficientes de orden público primario, no son susceptibles de valoración en dinero, quedan sustraídos del campo contractual, corresponden a la idea de potestad y, aunque tienen consecuencias patrimoniales, son del todo ajenos al espíritu de lucro en que se informa esencialmente el contrato de sociedad.

Llegado el hijo a la plenitud de capacidad jurídica, desaparece el obstáculo para celebrar con sus padres el contrato de sociedad. Pero la circunstancia de que habite en una misma casa con sus padres o con alguno de ellos por muerte del otro y, principalmente, con la madre después de fallecido el padre, y de que la madre y el hijo se prodiguen atenciones mutuas, vivan en armonía, se ayuden en todo y se dispensen asistencia económica, no es bastante para presumir la existencia de sociedad entre los dos, ni siquiera como puramente de hecho, desde luego que se halla de acuerdo con las relaciones naturales entre los padres y los hijos, aún después de la mayor edad, aquella delicadeza de tratamiento, que ha de estar siempre en consonancia con los mejores sentimientos de la especie humana.

No es imposible ni contradice las conveniencias generales que el contrato de sociedad, para diversos fines de especulación aceptados por el derecho, llegue a configurarse entre padres e hijos plenamente capaces. Pero entonces la sociedad regular tendrá las probanzas que le son propias, de la misma manera que su configuración nada más que por virtud de hechos asociantes exige que sea demostrada en forma incontrovertible, por medios que no ofrezcan ningún génerode duda acerca de la reunión de todos los elementos constitutivos de la sociedad, a la que para vivir legalmente no hubiera de faltarle ninguna de las condiciones estructurales de hecho, sino sólo el cumplimiento de las solemnidades exigidas, en su caso, por el régimen jurídico.

La sociedad, aunque se trate nada más que de las sociedades de hecho, se integra por elementos esenciales bien determinados. Es necesario entre las partes el acuerdo de voluntades, siquiera sea implícito, dirigido específicamente a reunir bienes y esfuerzos para fines de lucro en el campo de lo lícito, dentro del juego de intereses recíprocos que envuelven equivalencia de tratamiento y el ánimo ostensible e inequívoco de asociarse: **affectio societatis**...

Dijo la Corte en fallo de casación proferido el 30 de noviembre de 1935:

"Las sociedades de hecho se dividen en dos clases: así, 1ª Las que se forman por virtud de un **consentimiento expreso** y que por falta de uno o de varios o de todos los requisitos o de las solemnidades que la ley exige para las sociedades de derecho, no alcanzan a la categoría de tales. 2ª Las que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de un conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúan en común esas personas y de las cuales se induce un consentimiento implícito.

"Contra el reconocimiento de las sociedades de hecho de la segunda clase —que los expositores llaman **sociedades creadas de hecho o por los hechos**— no puede alegarse que la sociedad es un contrato que no se forma sino por manifestaciones recíprocas y concordantes de la voluntad de las partes y que este elemento fundamental no existe en esas sociedades creadas de hecho; en éstas tal acuerdo no falta: lo que acon-

tece es que se acredita por medio de una presunción.

"De las circunstancias de hecho se induce el consentimiento que puede ser tácito o implícito. Se presumirá ese consentimiento; se inducirá de los hechos el contrato implícito de sociedad y se deberá, en consecuencia, admitir o reconocer la sociedad creada de hecho, cuando la aludida colaboración de varias personas en una misma explotación reúna las siguientes condiciones:

"1ª—Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común;

"2ª — Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficios;

"3ª — Que la colaboración entre ellos se desarrolle en un pie de igualdad, es decir, que no haya estado uno de ellos, con respecto al otro u otros, en un estado de dependencia proveniente de un contrato de arrendamiento de servicios, de un mandato o cualquiera otra convención por razón de la cual uno de los colaboradores reciba salario o sueldo o esté excluído de una participación activa en la dirección, en el control y en la supervigilancia de la empresa;

"4ª—Que no se trate de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener beneficios.

"La circunstancia de que se haya empleado una denominación social o una razón social, o de que, en una u otra forma, se le haya hecho creer a terceros que existe una sociedad, es importantísima cuando se trata de acciones de esos terceros contra los asociados o contra la sociedad o viceversa, pero en lo concerniente a las relaciones de los socios entre sí, tal circunstancia no tiene mayor trascendencia: el que no se haya empleado una razón social o una denominación social y el que no haya habido ante terceros apariencia de sociedad, ni impide ni dificulta que se reconozca como existente, por presunción o deducción, la sociedad creada de hecho, para lo concerniente a las relaciones de los socios entre sí". (G. J. XLII, pág. 479).

Y en sentencia del 5 de agosto de 1954, después de la transcripción que antecede, agregó la Sala:

"Todo lo cual significa que la sociedad de hecho debe reunir en su integridad los elementos esenciales de las sociedades regulares, con excepción de las solemnidades que fueren prescritas especialmente por la ley; y que a menudo acontece que su existencia se infiere por medio de simples presunciones en las que el juzgador de instancia tiene poderes discrecionales, difícilmente atacables en casación". (G. J. LXXVIII, 2145, pág. 256).

La demanda inicial en el presente juicio sitúa la **causa petendi** en una sociedad formada por los hechos. No contempla ninguna hipótesis que en derecho pudiera encontrarse por fuera del campo contractual, y sobre esa base inmodificable se trabó el litigio.

"Si se formare de hecho una sociedad —dice el artículo 2083 del Código Civil— que no pueda subsistir legalmente, ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno, cada socio tendrá facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores y sacar lo que hubiere aportado".

Si falta la prueba documental directa que acredite la existencia de la sociedad como persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, es menester que de los hechos mismos pueda inferirse en forma clara y precisa que no otro fue el ánimo de quienes en pie de igualdad reunieron bienes y actividades para el logro de fines lícitos en la especulación económica. Y es así el juzgador de instancia quien está llamado a calificar las pruebas y a valorarlas con su propio criterio para formar convicción con base en inferencias, dentro de las que se mueven con autonomía los poderes discrecionales del juez, mientras no clamen contra la evidencia procesal.

Ninguna prueba aportada al presente juicio muestra de modo claro y concluyente que entre la madre y el hijo se formara por los hechos una sociedad. Puede ensayarse, y así lo ha hecho la demanda de casación, otro criterio del que empleó el sentenciador para formar su propio convencimiento. Pero ese nuevo análisis apenas sería pertinente en el debate probatorio, cerrado ya en la instancia. Si el juicio del Tribunal decidió en el sentido de no inferir la existencia de aquella sociedad de hecho entre la demandante y el demandado, nunca sería posible en casación infirmar el fallo porque acaso aparecieran equívocos los hechos asociantes que se alegan o porque hubiese dudas al respecto.

La duda jamás sería apoyo razonable para desconocer los poderes del sentenciador, cuyo fallo se entiende estar ajustado a derecho. Mientras no haya contraevidencia o quebranto de los dictados del sentido común, prevalece la convicción a que llegó el sentenciador al calificar el nexo entre el hecho índice y el hecho indicado dentro de la prueba por presunciones simples que, como queda visto, es la llamada por lo común a demos-

trar la existencia de las sociedades que se forman por los hechos.

Ahora bien: en el fallo del Tribunal de Tunja no se advierte ninguno de esos vacíos. No se ha demostrado error, menos aún flagrante, en el examen probatorio del sentenciador para formar su juicio.

"El error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba, a que se refiere el inciso 2º del ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial —ha repetido la Sala en varios fallos— consiste en que el juzgador haya tenido como probado un hecho, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia de un medio de prueba que obra en autos y que demuestra evidentemente que tal hecho no existió; o bien, en que lo haya tenido como no probado, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia, en el proceso, de un medio de prueba que demuestre, evidentemente, que ese hecho existió. Y la recíproca es verdadera: hay también error de hecho cuando el fallador tiene como probado un extremo en virtud de un medio probatorio que no existe u obra en el proceso; o cuando lo tiene como no probado, en virtud de un medio de prueba que no consta u obra en los autos. En todos estos casos, el error del juzgador no versa sobre la existencia del extremo que se trata de probar, sino sobre la existencia del medio con el cual se trata de probarlo". (Casación 23 de marzo de 1954, LXXVII, pág. 119). No prospera la acusación.

En el segundo cargo se alega violacion directa de los artículos 294, 301, 339, 1502, 2083 del Código Civil y 475 del Código de Comercio, porque estima el recurrente que la sociedad creada por los hechos no surge de contrato y, por lo mismo, no exige la capacidad a que se refiere el artículo 1502 del Código Civil, para que una persona se obligue legalmente a otra, desde el momento en que "se trata de algo que no puede existir legalmente, según lo dice el artículo 2083 del Código Civil". Considera que aún en materia de sociedades de hecho por incumplimiento de requisitos o formalidades, el artículo 475 del Código de Comercio dispone la liquidación de las operaciones anteriores, porque no puede la sociedad tener vida legal, como si falta el requisito de la capacidad, con mayor razón sucederá lo mismo cuando se trata de sociedades formadas por los hechos. Deduce de allí impugnación para el fallo del Tribunal en cuanto encontró que Jorge Aníbal Rojas estuvo en incapacidad de asociarse con la madre antes del 2 de enero de 1936, en que el hijo cumplió la mayor edad.

Después presenta una cuestión adicional, así:

"En el caso de autos, sin embargo, hay otro aspecto por el cual sí se puede hablar de existencia de una sociedad de hecho entre doña Hersilia Ruano v. de Rojas y Jorge Aníbal Rojas desde antes de llegar éste a la mayor edad, concretamente desde la muerte de Aníbal Rojas, padre de Jorge Aníbal, cuando éste sólo contaba 18 años, 3 meses y 12 días.

"A la sociedad de hecho en referencia aportó Jorge Aníbal únicamente su industria, su esfuerzo para explotar una finca. No hay constancia de que cuando salió del colegio para emprender en labores agrícolas hubiera tenido bienes, ni él ha intentado sostenerlo. Ese aporte industrial se incorporó al patrimonio social. Dispuso así sobre un elemento constitutivo de su peculio industrial. Y para lo relativo a ese peculio la ley lo considera habilitado de edad, es decir, capaz. El artículo 294 del Código Civil expresa:

"El hijo de familia se mirará como emancipado y habilitado de edad para la administración y goce de su peculio profesional o industrial'.

"Y el 339 ibidem: 'La habilitación de edad es un privilegio concedido a un menor para que pueda ejecutar todos los actos y contraer todas las obligaciones de que son capaces los mayores de veintiún años, excepto aquellos actos u obligaciones de que una ley expresa lo declare incapaz'.

"Sin saberlo, pero legalmente, Jorge Aníbal Rojas no sólo ejecutó operaciones que hicieron surgir la sociedad de hecho de que se trata, sino que obtuvo dos préstamos en la Caja Agraria antes de llegar a la mayor edad, mejor, antes de alcanzar los 21 años: uno en 1933, de que se ha venido hablando; otro en 1935 por $ 220, según el certificado de tal entidad, visible a fs. 43 v. y 44 C. 2º.

"El Tribunal tuvo un errado juicio acerca de las disposiciones citadas en este cargo, o las desconoció, por lo cual incurrió en el quebrantamiento de las mismas".

Se considera:

No trasciende al recurso el determinar si el hijo de familia está capacitado para ser socio de sus padres, por cuanto, como quedó expuesto en el estudio del cargo anterior, no es modificable la valoración probatoria del Tribunal que le llevó

el convencimiento de la inexistencia de sociedad de hecho entre la madre y el hijo.

Tocante al aporte de industria que en el presente caso es alegado, se observa:

En conformidad con el ordinal 1º, artículo 291 del Código Civil, el peculio profesional o industrial del hijo de familia está formado por "los bienes adquiridos por el hijo en ejercicio de todo empleo, de toda profesión liberal, de toda industria, de todo oficio mecánico". Y como es obvio, no se trata de la industria considerada en sí misma, ni del oficio o empleo o profesión como tales, sino de los bienes adquiridos por el hijo de familia como fruto de esas actividades, no en el seno del hogar, donde se supone que apenas cumple con el deber elemental de auxiliar a sus padres, sino en campos extraños a la familia. Se contemplan por el legislador los efectos y no la causa: el patrimonio más o menos importante que el hijo de familia pueda formarse por el ejercicio de una profesión o industria, y se le mira como emancipado y habilitado de edad para el manejo y disfrute de tales bienes, en que el padre no goza del usufructo legal. Pero esto mismo señala que la industria del hijo de familia no puede por sí sola figurar como aporte en sociedad de hecho con el padre o madre bajo cuya potestad vive.

Además, nunca podría entenderse que haya tratamiento igualitario entre quien está subordinado a otra persona por virtud de potestad legítima, reconocida y organizada por el derecho, en el caso de los padres y los hijos de familia. Por consiguiente, no puede inferirse entre ellos ningún género de sociedad, puesto que faltaría por su base el indispensable tratamiento igualitario en toda clase de sociedades, inclusive en la regulación actual de la que se forma entre los cónyuges, no obstante sus características peculiares que la separan de las demás suertes de sociedad.

No prospera tampoco la segunda acusación.

En último término se impugna el fallo por considerar que el Tribunal incurrió en errónea o deficiente interpretación de la demanda con que el juicio fue principiado. O sea: que el sentenciador buscó los elementos necesarios para reconocer la existencia de una sociedad de hecho formada por consentimiento expreso, cuando el libelo inicial contempla una sociedad resultante de los hechos, por consentimiento implícito de dos o más personas que dedican su actividad a una misma explotación.

"Pero el Tribunal —dice el recurrente— se va por la primera categoría de las sociedades de hecho, esto es, por las formadas en virtud del consentimiento expreso y a que faltan requisitos o solemnidades legales por lo cual no alcanzan la categoría de sociedades de derecho. Son generalmente las dedicadas a actividades comerciales; y precisamente las tratadas por la Corte en la sentencia de 24 de abril de 1953 (G. J. 2127).

"En efecto, dice el Tribunal: 'Ningún declarante dice haber oído en alguna época el arreglo verbal de la sociedad de hecho alegada en este juicio' (f. 49, C. 4). El Tribunal está exigiendo la prueba del consentimiento expreso.

"Luégo dice: 'Y se repite, lo presumible en una familia, entre padres e hijos, no es la sociedad comercial'. La explotación agrícola no es acto de comercio.

"De ahí que no procurara inducir el consentimiento de la serie coordinada de hechos probados que enumeré al final del primer cargo y se hubiera dedicado a pedir o a echar de menos la prueba directa del ánimo de asociarse.

"Igualmente pide la prueba del aporte. La sentencia de 1935 no exige propiamente esta prueba, sino la serie coordinada de hechos de explotación común. Pero para el caso de autos es muy fácil demostrar el aporte de cada uno de los socios: doña Hersilia aportó el uso y goce de la finca El Origen que tomó en arrendamiento por el documento de 12 de enero de 1934; los animales que se dieron en prenda a la Caja Agraria en junio de 1933, o por lo menos parte de ellos, y su trabajo personal. Jorge Aníbal aportó su industria.

"Echa de menos también la prueba de la participación de utilidades. En la sociedad creada por los hechos se presume ese elemento si se demuestra la serie coordinada de hechos de dos o más personas en una explotación común, porque no es humano dedicarse a un conjunto de actividades de esa clase sino por la muy natural expectativa de recibir proporcionado beneficio. Y esa participación de utilidades es precisamente la que aspira a recibir la señora Hersilia de Ruano (sic) en el presente juicio".

Se considera:

La sociedad de hecho, cualquiera que sea su categoría, exige para serlo que se reúnan los elementos esenciales de las sociedades regulares, ya queda visto en el examen del primer cargo. Sucede sí que por lo común existirá prueba directa del consentimiento expreso, cuando la sociedad permanece de hecho por faltarle alguna

o algunas de las solemnidades exigidas por la sustancia del acto jurídico. Mas no de la misma manera cuando el consentimiento ha de inferirse a través del significado de los hechos asociantes, en las sociedades creadas de hecho o por los hechos. El consentimiento es indispensable en ambos casos. Lo único diferencial viene a ser que en el segundo, el invocado en el libelo, el poder de apreciación del sentenciador se confina de una manera más clara y profunda en el ámbito de su propia conciencia, y se aleja en razón directa la posibilidad de éxito dentro del recurso extraordinario y estricto ante la Corte.

No adolece la sentencia de error evidente de hecho. En lo jurídico anota el recurrente, a propósito de lo dicho por el sentenciador acerca de que no es presumible la sociedad comercial entre padre e hijos, que la explotación agrícola no es acto de comercio, y está en lo cierto. Pero aparte de que la frase puede entenderse en el sentido de que las relaciones entre los padres y los hijos no se guían por el espíritu de lucro, resultaría que si la cuestión se tomara a la letra, entonces ya la sociedad invocada en la demanda no sería de hecho o formada por los hechos, como allí se dice, sino una sociedad de derecho, puesto que el contrato de sociedad en lo civil es netamente consensual; y de todos modos el acuerdo de voluntades, específicamente dirigido a la formación del contrato según los elementos de su esencia, habría de probarse. Por donde siempre queda en pie el poder de apreciación del juzgador en la instancia.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja proferida el 18 de enero del año en curso (1955).

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Manuel Barrera Parra — José Hernández Arbeláez — José J. Gómez R. — Julio Pardo Dávila — Ernesto Melendro Lugo, Srio.

COBRO DE UNOS HONORARIOS PROFESIONALES. — NO SE REQUIERE CONSTITUCION DE APODERADO JUDICIAL EN LA ACCION PUBLICA DE NULIDAD DE UN ACTO ADMINISTRATIVO, PARA QUE UN ABOGADO PUEDA EXIGIR EL PAGO DE HONORARIOS PROFESIONALES

No es necesario que quien demanda la nulidad de un acto administrativo, esté obligado a exhibir el poder para actuar, conferido por quien haya de beneficiarse con la declaratoria de nulidad del acto acusado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre veintiuno de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila)

En documento privado suscrito en la ciudad de Neiva el día cuatro de diciembre de mil novecientos cincuenta, varias personas, entre ellas Gratiniano Camacho, dijeron:

"Los suscritos, mayores de edad y vecinos de Neiva, propietarios de inmuebles en ésta, en las zonas de influencia del impuesto de valorización, por el presente autorizamos al doctor César Perdomo Cabrera, abogado en ejercicio y mayor de edad, para que nombre nuestro **demande la nulidad** de los decretos del alcalde y las resoluciones de la junta, sobre impuesto de valorización, y al efecto nos comprometemos, cada uno de nosotros, a reconocerle al doctor Perdomo Cabrera como honorarios de abogado el veinte por ciento del valor del impuesto que a cada uno de los suscritos se le haya liquidado, si el pleito se gana; de lo contrario, no le pagaremos al doctor Perdomo ninguna clase de honorarios. Para constancia, firmamos en Neiva, a cuatro de diciembre de mil novecientos cincuenta.... Gratiniano Camacho M."

Con base en este documento, el abogado doctor César Perdomo Cabrera, en su propio nombre, inició "demanda ordinaria contra el señor Gratiniano Camacho M., mayor de edad y vecino de Neiva, para que en sentencia firme que haga tránsito a cosa juzgada, lo condene usted:

"a) A pagarme la cantidad líquida de once mil treinta y nueve pesos con sesenta centavos m/cte. ($ 11.039.60) con sus intereses legales desde la fecha de la notificación de la demanda;

"b) A pagarme las costas del juicio;

"c) A pagarme ambas prestaciones dichas, seis días después de la ejecutoria del fallo que así lo disponga".

Los hechos enunciados por el demandante, como fundamento de sus peticiones, se pueden resumir así:

El 4 de diciembre de 1950 el demandado autorizó al abogado Perdomo Cabrera para demandar la nulidad de los decretos y resoluciones emanados del alcalde y de la junta de valorización de Neiva y referentes al impuesto de valorización que debían pagar los propietarios de fincas ubicadas en el sector de la plaza de mercado de la ciudad de Neiva.

El valor total del impuesto de valorización con que fue gravado Gratiniano Camacho en los cuadros de la junta respectiva, fue la cantidad de cincuenta y cinco mil ciento noventa y ocho pesos; el demandado se había comprometido a pagar al actor el veinte por ciento de esta cantidad, o sean once mil treinta y nueve pesos con sesenta centavos, si obtenía la anulación de los decretos y de las resoluciones a que se refiere el documento de 4 de diciembre de 1950.

El abogado Perdomo Cabrera demandó ante el Tribunal Contencioso del Huila la nulidad de los decretos y resoluciones indicados, "y el Tribunal los declaró nulos, en fallo de 13 de abril de 1951, que fue confirmado por el Consejo de Estado en el de fecha 29 de mayo de 1952".

El juez segundo civil del circuito de Neiva, falló el negocio en primera instancia, por sentencia de fecha diez de noviembre de mil novecientos cincuenta y tres, y resolvió:

"Primero.—Condenar al señor Gratiniano Camacho M., varón mayor y vecino del municipio de Neiva, a pagar al doctor César Perdomo Cabrera, abogado titulado e inscrito, varón, mayor y vecino de Neiva, la cantidad líquida de once mil treinta y nueve pesos con sesenta centavos ($ 11.039.60), con sus intereses legales desde la fecha de la notificación de esta demanda.

"Segundo.—Condenar al señor Gratiniano Camacho M., a pagar al doctor César Perdomo Cabrera las costas del juicio.

"Tercero.—Condenar a Gratiniano Camacho M. a pagar al doctor César Perdomo Cabrera, lo ordenado en los dos numerales anteriores, seis días después de la ejecutoria de esta sentencia.

"Cuarto.—Declarar no probadas las excepciones de 'inexistencia de la obligación', 'carencia de acción para demandar y petición antes de tiempo y de un modo indebido, propuestas por el apoderado del demandado, doctor Alberto López Herrera".

La anterior sentencia fue apelada por el demandado, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en sentencia de diez y seis de junio de mil novecientos cincuenta y cuatro, dijo:

"En atención a las consideraciones precedentes, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva... REVOCA la sentencia materia de la apelación y en su lugar absuelve al demandado de las prestaciones solicitadas en el libelo. No hay lugar a hacer condenación en costas".

El actor interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, y como se han cumplido los trámites correspondientes, procede la Corte a resolverlo.

La sentencia acusada

Dice el Tribunal en la sentencia que es materia del presente recurso:

"Como fuente de la prestación demandada se invoca la existencia de un contrato de mandato judicial, pues el actor está ejercitando una acción de cobro de honorarios profesionales por la demanda de nulidad de unos decretos y resoluciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

"El mandato judicial es un contrato solemne, especialmente vinculado al derecho procesal, que de manera preferente se rige por las disposiciones del Capítulo II, Título IV, Libro II del Código Judicial, en donde con el acápite 'Apoderados', se reglamenta la forma de su celebración, capacidad, inhabilidades, terminación y demás condiciones que lo tipifican como un mandato específico. A él le son aplicables las normas civiles que regulan el mandato en general, en cuanto no pugnen con las especiales de los procuradores judiciales.

"La forma como se constituye el mandato procesal está determinada en los artículos 255 y 256 del C. J., que indican la manera como se otorgan los poderes para gestionar ante las autoridades.

"... ... ...

"De los términos en que están concebidas estas disposiciones se deduce que el mandato judicial exige una forma solemne para su celebración, a diferencia con lo que ocurre con el mandato puramente civil, el cual puede constituirse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra, al tenor del artículo 2149 del C. C.

"La escritura pública o el simple memorial, según los casos, es la forma solemne de la procuración judicial.

"Los actos solemnes se acreditan con la prueba de la solemnidad, pues de todos es sabido que actos de tal naturaleza no vienen a la vida jurídica sino mediante el revestimiento de las formalidades que la ley determina para su existencia: la prueba del acto se confunde con el acto mismo, porque la solemnidad es la manera de expresar el consentimiento en tales casos.

"En la hipótesis que se contempla aquí el demandante no ha acreditado la procuración, pues en el expediente brilla por su ausencia la pieza respectiva. No consta que el demandado hubiera otorgado otorgado poder al doctor Perdomo Cabrera para la nulidad de los decretos y resoluciones (sic) por él atacados en acción contencioso-administrativa.

"Ameritado está, por el contrario, que obró en su propio nombre, no como apoderado o agente oficios del señor Camacho, según pudo constatarse mediante diligencia de inspección ocular con peritos, practicada en esta segunda instancia en los archivos y libros de la secretaría del Tribunal Contencioso - Administrativo del Huila. Se tuvo a la vista el expediente del juicio respectivo, que ventiló el demandante en ejercicio de una acción pública, y se comprobó que para nada intervino el señor Gratiniano Camacho M. en él, ni siquiera como coadyuvante, pues aun cuando se escribió un memorial en tal sentido, firmado por éste, no fue llevado a los autos.

"El actor ha debido aducir la prueba del mandato judicial para demostrar el contrato, que es la fuente de donde pretende derivar el derecho a la remuneración que ha demandado en el presente juicio.

"Funda su aspiración en un pacto fechado el 4 de diciembre de 1950, sobre estipulación de honorarios, por el cual el demandado se obligó a reconocerle el 20% del valor del impuesto de valorización a él liquidado, si el doctor Perdomo Cabrera obtenía sentencia favorable en el juicio

de nulidad de unos decretos de la alcaldía de Neiva y resoluciones de la junta de valorización, que debía demandar a nombre del señor Camacho, ante la competente autoridad.

"Este pacto consta en documento privado protocolizado, suscrito por el demandado, quien reconoció su firma pero explicando que lo firmado por él fue una hoja de papel sellado en blanco (folio 8 v., c. número 2).

"El documento así reconocido constituye plena prueba contra el opositor al tenor de los artículos 606, 637 y 642 del Código Judicial, pues aun cuando su signatario negó su contenido ideológico, no probó la falsedad que esa negación implica. A él correspondía acreditar que el acuerdo de voluntades se estableció para un objeto distinto del que expresa el documento mismo, y no lo hizo.

"Sin embargo, el pacto en referencia es apenas un contrato sobre honorarios profesionales, que en manera alguna sustituye el mandato judicial que el doctor Perdomo Cabrera ha debido obtener del señor Camacho para demandar en su nombre, como reza el aludido pacto, la nulidad de los decretos y resoluciones que le afectaban.

"Pero el actor ha considerado que en desarrollo del acuerdo sobre honorarios profesionales podía obrar en nombre propio, sin necesidad de poder del demandado, porque estima aplicable a su caso la doctrina de los artículos 2160 y 2173 del Código Civil, que en general autorizan al mandatario para escoger los medios adecuados en orden a la realización de su encargo, aprovechando las circunstancias para proceder con mayor beneficio y menor gravamen que los designados por el mandante.

"Cabe anotar al respecto que las disposiciones de que se trata, parten de la base de la existencia de un contrato de mandato, para cuyo cumplimiento autorizan al mandatario para el empleo de medios equivalentes y el aprovechamiento de circunstancias para realizar el encargo con mayor beneficio y menor gravamen, lo cual no tiene aplicación en el presente caso, en donde es hallado falto el contrato mismo de procuración judicial que, como atrás se anotó, es de naturaleza solemne y ha debido acreditarse con el escrito correspondiente.

"El pacto de cuatro de diciembre de mil novecientos cincuenta no es el poder para demandar a nombre del señor Camacho la nulidad de los decretos y resoluciones sobre impuesto de valorización. Tiene el alcance de una estipulación de honorarios o contrato de cuota litis, que por sí solo no le dá derecho al actor para reclamar lo pactado sin haber aducido la prueba del mandato procesal, es decir, sin haber demostrado que en nombre del demandado, como dice el contrato, estableció la correspondiente acción contencioso-administrativa.

"Para que un abogado pueda exigir de su cliente pago de honorarios profesionales por la gestión de negocios que requieren constitución de apoderado judicial, según la ley (subraya la Corte) es indispensable que haya recibido poder y que lo haya ejercido: sin recibirlo carecería de personería para actuar en su nombre y no podría, por tanto, cobrarle honorarios; y sin ejercerlo tampoco tendría derecho a emolumentos por no haber cumplido el encargo.

"El señor Juez estimó la demanda considerando que el contrato sobre regulación de honorarios le daba al actor derecho para pedir el pago de lo pactado, sin tener en cuenta que no se demostró la existencia del mandato judicial, que es la causa de pedir".

La demanda de casación

Con apoyo en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, formula el recurrente dos cargos contra la sentencia, y señala como violados por ésta los artículos 1494, 1524, 1602, 1603, 2144, 2160, 2177 y 2184, ordinal 3º del Código Civil, y 251 del Código Judicial y hace consistir el primer cargo en la violación por infracción directa y a causa de interpretación errónea, de las disposiciones sustantivas citadas.

Se considera:

La base del litigio consiste en el documento suscrito por Gratiniano Camacho M., el 4 de diciembre de 1950, en que autoriza al doctor César Perdomo Cabrera para que, en su nombre demande la nulidad de los decretos del alcalde y las resoluciones de la junta de valorización de Neiva, sobre el impuesto de valorización con que fueron gravadas las propiedades de Camacho debido a que se encontraban en la zona de influencia por concepto de obras públicas adelantadas por el municipio de Neiva: Camacho se compromete a reconocerle al doctor Perdomo Cabrera como honorarios de abogado el veinte por ciento del valor del impuesto que se le haya liquidado, si el pleito se gana; de lo contrario no le pagará al doctor Perdomo ninguna clase de honorarios. Este documento está reconocido legalmente por Camacho M. y, como lo dice el Tribunal, consti-

ye plena prueba, según lo dispuesto por los artículos 606, 637 y 642 del Código Judicial.

Pero el Tribunal considera que el pacto a que se refiere el documento es apenas un contrato sobre honorarios profesionales; que como no está demostrado que Camacho M. hubiera conferido mandato judicial al abogado, el compromiso de que dá cuenta el documento no puede sustituir ese mandato judicial y por lo tanto el doctor Perdomo Cabrera no tiene derecho a pedir que se le paguen los honorarios pactados, pues no demostró que como apoderado de Camacho hubiera actuado en el juicio que adelantó ante el Tribunal de lo Contencioso del Huila y que finalizó con pleno éxito, y para reforzar la tesis expuesta agrega el Tribunal que para que un abogado pueda exigir de su cliente el pago de honorarios profesionales por la gestión de negocios que requieren constitución de apoderado judicial, según la ley, es indispensable que haya recibido poder y que lo haya ejercido.

Subordina pues el sentenciador el pago de los honorarios que Camacho se obligó a reconocer al abogado Perdomo Cabrera, al hecho del otorgamiento del poder, por parte de Camacho y a favor del doctor Perdomo Cabrera, para que éste iniciara la acción contencioso-administrativa, porque considera que son dos contratos distintos al contenido en el documento de 4 de diciembre y el que ha debido presentarse para acreditar que el abogado tenía poder para actuar ante el Tribunal administrativo del Huila.

Pero resulta que la obligación que contrajo Gratiniano Camacho M. en favor del abogado Perdomo Cabrera, según se desprende de los términos precisos del documento del 4 de diciembre, fue la de pagar al abogado, por concepto de honorarios profesionales, el equivalente al veinte por ciento de la cantidad que se liquidó a cargo de Camacho M. por concepto de impuesto de valorización, siempre que la demanda de nulidad que debía iniciar el doctor Perdomo Cabrera tuviera pleno éxito.

Firmado por Gratiniano Camacho M. el documento de 4 de diciembre de 1950, y contraída por este medio la obligación de pagar los honorarios profesionales al abogado, es preciso determinar si se hacía indispensable que el doctor Perdomo Cabrera obtuviera el poder para gestionar ante el Tribunal Administrativo del Huila, o si, por el contrario, ese poder no era necesario.

Se trataba de obtener la nulidad de ciertos actos administrativos cumplidos por funcionarios y por corporaciones de la administración municipal de Neiva, y que en sentir del contratante Camacho M., lesionaban sus intereses.

La acción correspondiente a obtener la nulidad de esos actos, debía iniciarse ante el Tribunal Administrativo del Huila, porque la ley 167 de 1941, en su artículo 54, dice que tales Tribunales conocen en primera instancia de los siguientes asuntos: ...3º De los juicios de nulidad contra los acuerdos, resoluciones y otros actos de los Concejos Municipales, y contra los actos, resoluciones o providencias de las autoridades, funcionarios o corporaciones administrativas del orden municipal.

La ley 69 de 1945, ordena en su artículo 1º:

"Nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito, salvo las excepciones siguientes:

"...d) En el ejercicio de acciones públicas consagradas por la Constitución o concedidas por la ley"; y la ley 167 de 1941, citada arriba, dice en el artículo 66, inciso 1º: 'Toda persona puede solicitar por sí o por medio de representante la nulidad de cualesquiera de los actos a que se refieren las anteriores disposiciones, por los motivos en ellas expresados", y el artículo 89 de la misma ley autoriza a cualquier persona para pedir que se le tenga como parte para coadyuvar o impugnar la demanda.

Las citas anteriores demuestran que en el caso **sub judice**, se trataba de una acción pública que la ley concede a toda persona y que puede iniciarse ante los Tribunales competentes sin necesidad de que quien la ejerce sea abogado inscrito. Esto significa que no es necesario que quien demanda la nulidad de un acto administrativo, esté obligado a exhibir el poder para actuar, conferido por quien haya de beneficiarse con la declaratoria de nulidad del acto acusado.

Si ese poder fuera necesario, correspondería al señor Camacho M. haberlo conferido en favor del doctor Perdomo Cabrera, y esa obligación se desprendía para el citado Camacho M. de los términos del artículo 2184, inciso 1º del C. C. y del documento que firmó el 4 de diciembre; si el poder fuera necesario y Camacho M. no lo hubiera otorgado, habría faltado a su obligación y sería responsable ante el doctor Perdomo Cabrera por ese hecho. Pero como tal poder no se requería, el abogado no tenía necesidad de él para iniciar y seguir el juicio de nulidad, que con éxito indudable y en favor de Camacho adelantó ante las autoridades administrativas.

Para que la obligación a cargo del demandado y a favor del demandante fuera exigible, sólo se

necesitaba que se cumpliera la condición que se hizo constar en el documento del 4 de diciembre, es decir, que los actos de las autoridades administrativas de Neiva que debían ser acusados por el abogado Perdomo Cabrera, fueran declarados nulos en sentencia definitiva. Esa condición se cumplió a cabalidad, según se demostró en el proceso, y por eso el abogado podía pedir el pago de los honorarios pactados.

No es cierto, como lo afirma el Tribunal en la sentencia acusada, que "como fuente de la prestación demandada se invoca la existencia de un contrato de mandato judicial", porque los términos de la demanda en el presente juicio, se refieren a hacer efectivo el cumplimiento de la obligación que el demandado Camacho M. contrajo en favor del actor y que se deriva del documento suscrito el 4 de diciembre. Darle otra interpretación a la demanda es un error en que incurrió el Tribunal.

"Los servicios profesionales a que se refiere el artículo 2144 del C. C., dice el recurrente, por lo general y en doctrina jurídica, no constituyen propiamente un mandato, porque no siempre llevan envuelta la idea de representación o de gestión por cuenta del mandante, pero la citada disposición manda que tales servicios se sujeten a las reglas del mandato. Ni siquiera el ejercicio de la abogacía es siempre constitutivo de mandato'.

Si todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede invalidarse sino por su consentimiento mutuo o por causas legales (artículo 1602 del Código Civil); si los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella (artículo 1603 ibidem); si conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras (artículo 1618 obra citada); si en aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria debe estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato (artículo 1621 del mismo código); si los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, se sujetan a las reglas del mandato (artículo 2144 ibidem) y si el mandante está obligado a pagar al mandatario la remuneración estipulada o usual (artículo 2148, ordinal 3º del Código Civil) es perfectamente claro que el Tribunal violó los artículos 1602, 2177, 2144 y 2184 del Código Civil, citados por el recurrente, de los cuales se deduce la obligación para quien hizo el encargo de pagar al abogado la remuneración estipulada por sus servicios.

No cabe duda de que Gratiniano Camacho M. contrató los servicios profesionales del abogado Perdomo Cabrera para obtener la nulidad de los actos de que se ha hablado, nulidad que interesaba exclusivamente a quien confirió el encargo; y ya se ha visto cómo el abogado Perdomo Cabrera cumplió su misión a cabalidad, a tal punto que en virtud de sus gestiones profesionales ante las autoridades de lo contencioso-administrativo, el señor Camacho M. quedó exonerado de pagar al municipio de Neiva la no despreciable cantidad de $ 55.198.00 moneda corriente, que por impuesto de valorización se había liquidado a su cargo. Es suficiente lo dicho para concluir que el cargo prospera y que la sentencia debe ser casada.

Por lo tanto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, dictada en el juicio ordinario de César Perdomo Cabrera contra Gratiniano Camacho M., que lleva fecha 16 de junio de 1954, y como Tribunal de instancia, CONFIRMA la sentencia que en el mismo juicio dictó el juez segundo civil del Circuito de Neiva, el día diez de noviembre de mil novecientos cincuenta y tres, y que dice en la parte resolutiva:

".....el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Neiva... RESUELVE:

"Primero.—Condenar al Sr. Gratiniano Camacho M., varón mayor y vecino del municipio de Neiva, a pagar al doctor César Perdomo Cabrera, abogado titulado e inscrito, varón, mayor y vecino de Neiva, la cantidad líquida de once mil treinta y nueve pesos con sesenta centavos ($ 11.039.60), con sus intereses legales desde la fecha de la notificación de esta demanda.

"Segundo.—Condenar al señor Gratiniano Camacho M. a pagar al doctor César Perdomo Cabrera las costas del juicio.

"Tercero.—Condenar a Gratiniano Camacho M. a pagar al doctor César Perdomo Cabrera, lo ordenado en los dos numerales anteriores, seis días después de la ejecutoria de esta sentencia.

"Cuarto.—Declarar no probadas las excepciones de 'inexistencia de la obligación', 'carencia de acción para demandar' y 'petición antes de

tiempo y de modo indebido', propuestas por el apoderado del demandado, doctor Alberto López Herrera, con la adición de que las costas del aparte segundo de la sentencia se refieren a las correspondientes a la primera instancia.

Las costas de la segunda instancia son de cargo del demandado en el juicio.

Sin costas en el recurso de casación.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Manuel Barrera Parra — José J. Gómez R. —

José Hernández Arbeláez — Julio Pardo Dávila.

Ernesto Melendro L., Srio.

REIVINDICACION. — TECNICA DE CASACION

1.—La disposición del artículo 593 del Código Judicial no es norma sustantiva que consagre derechos a favor de los particulares. No puede violarse directamente y dado caso que un juzgador la desechare o contrariare, sería indispensable, para infirmar un fallo, que la falta de aplicación de ella tuviera como consecuencia el quebrantamiento de disposiciones civiles que consagran derechos sustantivos.

2.—La norma del artículo 1757 del Código Civil por no consagrar ni tutelar por sí sola ningún derecho subjetivo, su infracción o desconocimiento no puede dar base de prosperidad a la casación si no incide en el quebrantamiento de un precepto de naturaleza sustantiva.

3.—Una cuestión sobre personería adjetiva sólo puede examinarse a través de la causal sexta de casación.

4.—En caso de ventas separadas de una misma cosa a varias personas, a que se refiere el artículo 1873 del Código Civil, se prefiere, en tratándose de inmuebles, al comprador que primeramente haya registrado su título, y en cuanto a muebles, a quien primero se haya entregado materialmente la cosa, esto es, a quien, por la prioridad de la inscripción o de la entrega material, pasa a ser propietario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, a veintiuno de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario promovido por Saúl Parra Arteaga contra Zoila Rosa Reyes.

Antecedentes

La demanda.—Saúl Parra Arteaga, en demanda contra Zoila Rosa Reyes, presentada al juzgado del circuito de Ibagué, pidió que se hicieran las siguientes declaraciones y condenaciones: "Primera.—Que el señor Saúl Parra Arteaga es dueño de la casa y solar determinados en el hecho primero de esta demanda. Segunda.—Que en consecuencia la señora Zoila Rosa Reyes debe entregar o restituir al demandante señor Saúl Parra Arteaga la casa y solar mencionados en el hecho primero de la demanda, dentro del término de tres días subsiguientes al de la ejecutoria del fallo. Tercera—Que la demandada como poseedora de mala fe, debe pagar al demandante los frutos civiles del inmueble objeto de la reivindicación, desde cuando tiene la casa en su poder hasta cuando la entregue y no solamente los percibidos sino los que hubiera podido producir ese inmueble en poder del demandado".

Dice la demanda: a) que por medio de la escritura pública 699 de 20 de junio de 1951 de la Notaría 2ª de Ibagué, Luis Romero Fuentes vendió a Edgar Parra Zuluaga una casa de habitación, con el solar en que está edificada, situada en Ibagué; b) que la citada escritura pública fue registrada el 7 de julio del citado año pero que el comprador murió antes de que se le hiciera entrega material del mencionado inmueble; c) que en el juicio de sucesión de Edgar Parra Zuluaga, tal inmueble le fue adjudicado a Saúl Parra Arteaga, pero que éste no ha podido entrar en posesión material porque en ella habitan unas personas que dicen tener la calidad de arrendatarios de Zoila Rosa Reyes; d) que después de otorgada la escritura en que consta la venta hecha a Edgar Parra Zuluaga, Luis Romero Fuentes otorgó otra escritura de venta del mencionado inmueble a Zoila Reyes; y e) que ésta se considera dueña del inmueble y es poseedora material del mismo de mala fe.

Sentencias de instancia.—El juzgado decidió el pleito así: "Primero. — Declárase que el señor Saúl Parra Arteaga es dueño de la casa y solar determinados en el hecho primero de la demanda. Segundo. — Consecuencialmente, condénase a la señora Zoila Rosa Reyes, mayor de edad y vecina de este municipio, a entregar o restituir al señor Saúl Parra Arteaga la casa y solar espe-

cificados en el hecho primero de la demanda, dentro de los tres días subsiguientes al de la ejecutoria de esta sentencia. Tercero.—La demandada Zoila Rosa Reyes debe pagar o reembolsar al demandante Saúl Parra Arteaga los frutos civiles del inmueble objeto de la reivindicación, con base en la estimación dada por los peritos en este juicio, desde la fecha de la contestación de la demanda hasta cuando verifique la entrega del inmueble. Cuarto.—Condénase en costas a la parte demandada". Apelado este fallo por la parte demandada para ante el Tribunal Superior de Ibagué, éste lo confirmó en todas sus partes.

Motivos del Tribunal. — Después de citar las pruebas aducidas en el juicio por la parte demandante, expone: "Aquí el actor con la citada escritura pública número 62 de 12 de enero del año próximo pasado, y con el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este circuito ha demostrado que él es el actual poseedor inscrito y que tal posesión la han tenido él y sus antecesores en el dominio, desde abril de 1919, fecha en que Isaac Giraldo compró a Alejandro Varón Rubio. En la diligencia de inspección ocular se identificó el inmueble alinderado y descrito en la demanda, que es el mismo cuya tradición inscrita ostenta Parra Arteaga y que posee la demandada Zoila Rosa Reyes, por medio de arrendatarios. Es decir se encuentran en este proceso demostrados en forma plena las condiciones axiológicas exigidas para la prosperidad de la acción reivindicatoria".

Agrega que "la demandada ha alegado que en el presente caso, se trata de una venta verificada por Romero Fuentes a dos personas, pero como lo manifiesta el juez de la primera instancia, tal aseveración no puede considerarse como establecida en los autos, porque la escritura pública número 1647 de 17 de octubre de 1951, fue presentada extemporáneamente y no puede ser tenida como prueba. Pero aún admitiendo en gracia de discusión que tal hecho se hubiera demostrado, se tiene: La venta verificada por Romero a Parra Zuluaga, se registró el 7 de julio de 1951, y la llevada a cabo por el mismo Romero a Zoila Rosa Reyes, se inscribió en la oficina de registro el 5 de noviembre del citado año, y la posesión a que alude el artículo 1873 del C. Civil, es la posesión inscrita". "El artículo 1873 del C. C., al hablar de comprador que haya entrado en posesión, se refiere, tratándose de inmuebles, a aquel a quien se haya transferido el dominio mediante la tradición, efectuada por el registro". (Casación, 4 julio 1911, XX; 21 febrero 1920, XXVIII, 379; 15 diciembre 1923, XXX, 267; 2 octubre 1930, XXXVIII, 97; 31 julio 1931, XXXIX, 226; 9 noviembre 1943, LVI, 276; 29 agosto 1945, LIX, 916)".

La casación

El recurrente, invocando la causal primera, acusa el fallo por varios extremos, que se examinarán en su orden.

Primero. — Violación de los artículos 593 del Código Judicial y 1757 del Código Civil. Al demandante, dice el recurrente, le correspondía demostrar la doble enajenación de que habla la demanda y no lo hizo. Por este motivo el Tribunal falló, no sobre la acción ejercida en la demanda sino sobre una acción diferente.

Se considera:

Que, según lo ha expresado esta corporación en varios fallos "la disposición del artículo 593 del Código Judicial no es sustantiva que consagre derechos a favor de los particulares; es simple norma que el legislador le ha dado a los jueces para la decisión de los litigios y para la apreciación de las pruebas. Esta disposición no puede violarse directamente y dado caso que un juzgador la desechare o contrariare, sería indispensable, para infirmar un fallo, que la falta de aplicación de ella tuviera como consecuencia el quebrantamiento de disposiciones civiles que consagran derechos sustantivos". (G. J. XLI, bis, 47; XLIII, 549; XLIX, 100; LII, 379; LV, 309; LVIII, 38).

Que, según lo ha dicho también la Corte "el artículo 1757 del Código Civil es norma que regula y determina el mérito de las pruebas que si bien de naturaleza sustantiva, es apenas medio para tutelar la efectividad de los derechos subjetivos, pero que por no consagrar ni tutelar por sí sola ninguno de estos derechos, su infracción o desconocimiento no puede dar base de prosperidad a la casación si no incide en el quebrantamiento de un precepto de naturaleza sustantiva". (G. J. LXIII, 631).

Que, aunque lo expuesto es suficiente para rechazar el cargo, se advierte que el tribunal falló sobre la acción reivindicatoria propuesta en la demanda; y que además, el recurrente no acusa el fallo por incongruencia, con base en la causal segunda; y

Que, por lo dicho, se desecha el cargo.

Segundo.—Violación del artículo 2157 del Có-

digo Civil, sobre mandato. El apoderado judicial del demandante, dice el recurrente, no estaba facultado para solicitar "declaraciones de dominio ni para pedir a cargo de la demandada el pago de frutos naturales o civiles".

Se considera:

Que, una cuestión sobre personería adjetiva sólo puede examinarse a través de la causal sexta de casación, no invocada por el recurrente.

Que, por otra parte, el demandante confirió poder para promover juicio reivindicatorio, según aparece en el escrito respectivo, de tal manera que no se advierte ninguna deficiencia en la personería, siendo de anotar que, de existir, sólo podría ser invocada por la parte que no fue debidamente representada y esto con base en la causal pertinente.

Tercero.—Violación del artículo 1873 del Código Civil. Si el demandante, dice el recurrente, hubiera demostrado la doble enajenación a que se refiere la demanda, el fallo habría tenido que dar la prevalencia a la demandada ya que ella tiene la posesión regular de la cosa; agrega que el título de propiedad de ésta no puede desconocerse después de aceptada su existencia por la parte actora; finalmente, expone que el artículo 1873 del Código Civil prefiere al comprador a quien se hizo entrega material de la cosa vendida, según reciente doctrina de la Corte.

Se considera:

Que el sentenciador se funda, según lo que aparece en las transcripciones que del fallo se han hecho, no en la disposición del artículo 1873 del Código Civil sino en la circunstancia de aparecer acreditadas todas las condiciones requeridas para la prosperidad de la acción reivindicatoria y que este concepto fundamental del fallo, no atacado por el recurrente, subsiste, por consiguiente, en casación; las consideraciones referentes a la disposición del artículo 1873 del Código Civil, contenidas en el fallo, aparecen expuestas, como en él se advierte, a mayor abundamiento.

Que, además, la doctrina de esta corporación sobre el mencionado artículo 1873, expuesta en los numerosos fallos que cita el sentenciador, aparece confirmada en la reciente sentencia de 27 de abril del presente año, de la Sala Plena de Casación Civil, en los términos siguientes: "La inscripción de los títulos en el registro público, cumple los objetivos de transferir los derechos reales inmuebles, publicar las mutaciones del dominio y probar la titularidad de los mismos derechos, aparte de la seguridad que se desprende de la circunstancia de que del mismo instrumento quede testimonio auténtico de dos oficinas diferentes. Esta última conclusión está de acuerdo con la constante jurisprudencia de la Corte, según la cual, en caso de ventas separadas de una misma cosa a varias personas, a que se refiere el artículo 1873 del Código Civil se prefiere, en tratándose de inmuebles, al comprador que primeramente haya registrado su título, y en cuanto a muebles, a quien primero se haya entregado materialmente la cosa, esto es, a quien, por la prioridad de la inscripción o de la entrega material, pasa a ser propietario". (G. J. número 2153, pág. 98); y

Que, visto lo anterior, no se acoge el cargo.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al tribunal de origen.

Alberto Zuleta Angel — Ignacio Gómez Posse. Agustín Gómez Prada — Luis F. Latorre — Ernesto Melendro L., Srio.

ALCANCE DE LA CAUSAL SEPTIMA DE CASACION

1.—"Lo esencial para la procedencia del motivo 7º de casación, es que el tribunal decline explícitamente y sin base legal la jurisdicción en el pleito de que se trata, como allí se dice con toda claridad", ha dicho la Corte.

2.—En el caso particular, el sentenciador se abstuvo de fallar sobre el fondo del pleito, no por considerarse incompetente sino porque encontró que hacía falta un presupuesto procesal, que denominó "demanda en forma"; o, en otros términos, conoció del asunto y lo decidió en el sentido de desestimar la demanda, siendo de anotar que la legalidad de esta decisión no puede examinarse, a través de una acusación fundada en la causal séptima de casación en lo civil.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, a veintiuno de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Montería en el juicio promovido por Esteban de Vargas A. contra Luis Felipe Llorente y otros.

Antecedentes

La demanda.—Esteban de Vargas A., en demanda presentada al juzgado del circuito de Cereté contra Luis Felipe Llorente, Elisema Cogollo González, ésta en su condición de representante legal de la sucesión de Manuel Cogollo P., Nascira del Carmen Cogollo A., Vicente Manuel Cogollo A., Esteban Alfonso Cogollo A., Bienvenido Cogollo A. y Félix María Cogollo A., pidió que se declarara "que las relaciones jurídicas entre los señores citados, que resultan de los contratos que aparecen en la escritura número 204 de julio de 1939, de la Notaría de Cereté, están viciados o afectados de nulidad relativa y por consiguiente declare sin valor tales contratos y deje establecido que las partes quedan restituidas al estado anterior que tenían antes de los susodichos contratos, en relación con la finca El Modelo y El Cerrito, y además para que se hagan las siguientes declaraciones: a) Que el usufructo de la finca El Modelo y El Cerrito, como consecuencia de la muerte del señor Manuel Cogollo P. se ha consolidado con la nuda propiedad y de consiguiente las cuotas que en dicha finca tenían los señores indicados en el hecho 8º de este libelo, abarcan no solamente la nuda propiedad, sino también el usufructo en relación con dicha finca. b) Que los derechos que en la finca El Modelo y El Cerrito tenían los señores Nascira del Carmen Cogollo A., Vicente Manuel Cogollo A., Esteban Alfonso Cogollo A., Bienvenido Prisciliano Cogollo A., y Vicente Amado Cogollo A., le corresponden exclusivamente al señor Esteban de Vargas A. mi mandante, por ocupar él el lugar de dichos señores en la propiedad de la finca. c) Que el señor Luis Felipe Llorente debe entregarle al señor Esteban de Vargas, dentro del término que usted fije o señale, como tenedor que es de la finca, las partes que como hecho anteriormente, pertenecieron a los señores ya dichos, en la propiedad nombrada El Modelo y el Cerrito, constante de 10 fanegas y 55 cabuyas la extensión, aproximadamente, cultivadas de pastos, con tres casas de palma y bahareque, cercas, corrales y demás anexidades y mejoras, situada en los puntos nombrados Lara y Punta del Bongo, en el Municipio de San Pelayo, por los siguientes linderos... d) Que asimismo el señor Luis Felipe Llorente debe pagarle al señor Esteban de Vargas los frutos civiles que la finca descrita anteriormente ha producido o debido producir, desde el día 5 de marzo de 1945, así como los gastos y costas de este juicio".

Sentencias de instancia.—El juzgado, previa la tramitación correspondiente, decidió: "Declárase probada la excepción perentoria temporal de petición de un modo indebido. Costas a cargo del actor". Apelado este fallo para ante el Tribunal Superior de Montería, éste, tramitada la instancia, resolvió: "Revócase la sentencia apelada. En su lugar, desestímanse las pretensiones de la parte actora por inconducencia formal de la deman-

da. Condénase en costas al actor en ambas instancias".

Motivos del Tribunal. — Después de enumerar a las personas que intervinieron en el otorgamiento de la escritura pública 204 de 1939 de la Notaría de Cereté, en que constan los contratos cuya nulidad relativa se pide en la demanda, expresa: "Todas estas personas, tanto comprador como vendedor debieron ser demandadas, es decir, su presencia procesal en el juicio de nulidad era indispensable, con su llamamiento en el escrito de demanda, teniendo en cuenta la relación de derecho que la escritura pública número 204 de 1939 conformó entre ellos. Si alguno o algunos de estos contratantes no fueron señalados en la demanda, ésta fue presentada con un grave defecto de forma por cuanto no fueron demandados todos los interesados que correctamente eran llamados a responder procesalmente de la acción de nulidad incoada. Ahora bien: en la demanda presentada no figuran ni Digno Antonio Cogollo Rosso, ni Vicente Amador (o Amado) Cogollo Alean, de vendedores de la nuda propiedad de la finca El Modelo y El Cerrito, a Luis Felipe Llorente. En este sentido, la demanda adoleció de un grave defecto porque no fue configurada en la forma que debió serlo, al no incluírse en ella las dos personas mencionadas, con el efecto de que apareciera completa la respectiva relación jurídico-procesal. Respecto de Digno Antonio Cogollo se observa que fue excluído de la demanda porque la causal de la nulidad no le afectaba personalmente, por cuanto él poseía facultad legal para enajenar su cuota parte en la nuda propiedad que había adquirido de Manuel Cogollo Pereira. Por ello apenas se requirió la restitución, como consecuencia de la nulidad, de las cuotas partes de la finca El Modelo y El Cerrito de las cuales eran titulares los demandados. Sin embargo, como el contrato contenido en la escritura número 204 de 1939 es uno solo, aunque en él se establecieron varias relaciones contractuales entre el comprador Luis F. Llorente y sus vendedores, la presencia procesal de Digno Antonio no podía excluírse en consideración a que la acción de nulidad hiere de muerte jurídica toda la relación contractual. Otra cosa es que si se profiriera la nulidad por el reconocimiento de los vicios apuntados en los hechos del libelo, la sentencia no produjera efectos contra él, pese a su forzosa asistencia en el juicio, en razón de que lo alcanzaban las resultas de la acción rescisoria. En lo que se refiere al contratante Vicente Amador Cogollo, que también fue excluído de la demanda, y cuyo fallecimiento se afirma sin comprobación alguna, pueden también los argumentos dichos.

"En estas condiciones el actor erró en la constitución formal de su demanda con base en la ingenua creencia de que con los contratantes respecto de los cuales la convención pactada no era nula, no debió trabarse la litis, con vista en la incidencia relativa o parcial de los vicios de nulidad alegados que solamente tocan las relaciones contractuales acordadas con las personas que figuran como demandados". Agrega el sentenciador que en el caso de que se trata, hay falta de un presupuesto procesal denominado "demanda en forma", según doctrina de la Corte expuesta en fallo de 19 de agosto de 1954.

La casación

El recurrente acusa el fallo por la causal séptima del artículo 520 del Código Judicial. "Después de considerar detenidamente el caso—dice—he visto que la vía conducente para el ataque adecuado del fallo elusivo del Tribunal de Montería es exactamente la que ofrece la causal 7ª del artículo 520 del C. J. que autoriza el recurso contra las sentencias definitivas de segunda instancia en los casos en que el Tribunal se haya abstenido de conocer de un asunto de su competencia, declarándolo así en el fallo con el fin de que la Corte, en la sentencia en que case la recurrida, declare en qué estado queda el juicio y disponga se envíen los autos al Tribunal de origen, o a otro próximo a éste, para que dicte fallo, o determine lo procedente con arreglo a derecho, como lo dispone el artículo 540 del C. J. Acuso, pues el fallo recurrido con indicación y apoyo de la causal 7ª del artículo 520 del C. J., y para fundar mi acusación expongo en seguida algunas breves consideraciones. La doctrina jurisprudencial de la Sala de Casación no ha determinado precisamente los casos y circunstancias en que procede la alegación de esta causal ni ha fijado exactamente las condiciones y alcance de la abstención de conocimiento en que se funda este motivo de casación, que los expositores consideran de especial importancia por ser recurso contra una forma del "exceso de poder" y por fundarse, como lo ha dicho la Corte, "en una razón de orden público, por equivaler a la denegación de justicia", seguramente por su escasa ocurrencia en la práctica judicial.

"Esa Sala se ha inclinado visiblemente a acep-

tar la procedencia de esta causal en todos los eventos en que un Tribunal Superior de Distrito Judicial se abstiene ilegalmente de resolver negocios sometidos a su decisión aunque el motivo de abstención de fallo no sea cuestión de su competencia, como parece ser el sentido de la sentencia de 8 de septiembre de 1942 (G. J. Tomo LIV, 52) y como parece confirmarlo en sentencia de 1943 (G. J. Tomo LVI, 311) al decir: "Constituye motivo de casación al tenor del numeral 7º del artículo 520 del C. J., el hecho de revocar un Tribunal una sentencia de primer grado y en lugar de entrar a estudiar y a decidir las cuestiones propuestas por el actor y que constituyen el lazo de instancia, limitarse a ordenar la devolución del proceso al inferior para que éste pronuncie de nuevo y por segunda vez su decisión definitiva".

La Corte considera:

Que esta corporación ha señalado, en varios fallos, el alcance de la causal séptima de casación. Así, en sentencia de 24 de marzo de 1952 se lee: "El motivo 7º de casación no depende como es obvio, de que el tribunal declare que es competente y se abstenga, no obstante de conocer el asunto, situación imposible por absurda, desde luego que si la abstención obedece al reconocimiento de una excepción perentoria, que impide fallar sobre el fondo del pleito, la realidad es que está aplicando la ley de la excepción oportunamente deducida o que aparece plenamente justificada en el proceso. Podría decirse que en tal caso el tribunal no se abstiene de conocer sino que falla sobre la excepción. Y la sentencia, si el medio exceptivo no está suficientemente probado, podría acusarse en casación por el primer motivo, desde luego que los hechos que configuran las excepciones perentorias —salvo la de incompetencia de jurisdicción, que más que excepción es el presupuesto cardinal y absoluto del juicio— suponen siempre derechos civiles cuyo desconocimiento implica violación de la ley sustantiva. Y podría atacarse aquélla también, en el mismo caso, por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Pero sí consiste la causal 7ª en que el tribunal declare su incompetencia y prescinda, por tanto, de decidir sobre lo sustancial del litigio, caso en el cual el único medio para corregir su error en casación sería dicha causal, ya que, por ser las normas sobre competencia de carácter adjetivo, no darían base para un recurso por violación de ley sustantiva; ni podría hablarse entonces de incongruencia del fallo, habiéndose el tribunal abstenido por carecer de jurisdicción. Conducen estas razones a la conclusión **de que el 7º motivo de casación sólo puede referirse a la abstención de conocer por incompetencia de jurisdicción".** (G. J., LXXI 479); y en sentencia de 4 de marzo de 1954 se expresa: "El motivo 7º de casación halla cabida, bien cuando el juzgador, teniendo cabal concepto de la acción intentada, se inhibe, sin embargo, de conocer del negocio **sub judice,** en la creencia falsa de corresponderle legalmente a otro funcionario de la misma o extraña jurisdicción; o cuando por errónea interpretación de la acción, declara de modo expreso su propia inhibitoria, contra las normas positivas de la competencia. **Lo esencial para la procedencia del motivo 7º aludido, es que el tribunal decline explícitamente y sin base legal la jurisdicción en el pleito de que se trata, como allí se dice con toda claridad".** — (G. J. Tomo LXXVII, números 2138 y 2139). Antes, en fallo de 17 de noviembre de 1945 se expuso: "En estas condiciones, cualquiera que sea el grado de legalidad que corresponda a la solución de la litis, no se puede aducir la causal 7ª, que se funda en una razón de orden público, por equivaler a la denegación de justicia, y sólo puede presentarse cuando un tribunal, declarándolo expresamente en su fallo, se abstiene de conocer un negocio que le está jurisdiccionalmente atribuído por la ley de organización judicial. En semejante ocurrencia, no registrada aún por la Sala de Casación, la prosperidad del recurso impone simplemente la devolución de los autos al tribunal de origen o a otro que esté próximo a éste, para que determine lo procedente con arreglo a derecho". (G. J. LIX, 788).

Que, por otra parte, la doctrina expuesta en los fallos que acaban de citarse, ha sido aplicada por esta corporación en varias decisiones; al respecto, pueden citarse, las de 15 de febrero y 17 de julio de 1954;

Que, por lo expuesto, cuando un fallo incurre en lo que el recurrente llama exceso de poder, no es procedente la acusación por la causal séptima;

Que, en el caso de que se trata, el sentenciador se abstuvo de fallar sobre el fondo del pleito, no por considerarse incompetente sino porque encontró que hacía falta un presupuesto procesal, que denominó "demanda en forma"; o, en otros términos, conoció del asunto y lo decidió en el sentido de desestimar la demanda, siendo de anotar que la legalidad de esta decisión no puede

examinarse, como se ha dicho, a través de una acusación fundada en la causal séptima; y

Que, en consecuencia, no es procedente la causal invocada en el recurso.

En mérito de las anteriores consideraciones la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia acusada.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al tribunal de origen, o sea el de Montería.

Alberto Zuleta Angel — Ignacio Gómez Posse. Agustín Gómez Prada — Luis F. Latorre U. — Ernesto Melendro Lugo, Srio.

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

NULIDAD DE UN CONTRATO DE PERMUTA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre veintidós de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse)

Se decide el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué el once (11) de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) en el ordinario promovido por Domingo Zambrano y Guillermo Miranda contra Jesús María Rodríguez.

Antecedentes

En la escritura número mil trescientos treinta y cuatro (1.334) de ocho (8) de octubre de mil novecientos cincuenta y uno (1951), Domingo Zambrano y Jesús María Rodríguez dijeron: "Que han celebrado el contrato de permuta de bienes raíces que perfeccionan por medio de las siguientes cláusulas:

"**Primera.**—El primero de los comparecientes o sea Domingo Zambrano transfiere a título de cambio o permuta a favor y para patrimonio del señor Jesús María Rodríguez el derecho de dominio y posesión que tiene y ejercita sobre los siguientes bienes: "El marcado con la letra a) denominado 'Agua Bonita' y el con la letra b) llamado 'Colombia', ubicados en el sitio llamado Colombia, jurisdicción del municipio de Anzoátegui, demarcados según el título.

"**Tercera.**—Que el compareciente Jesús María Rodríguez a su turno, transfiere a igual título de cambio o permuta a favor y para el patrimonio del permutante Domingo Zambrano el derecho de dominio pleno y la posesión efectiva que tiene y ejercita sobre una finca raíz urbana de su propiedad constituída por una casa de habitación de construcción de bahareque, madera y techo de teja de zinc, constante de dos pisos alto y bajo, cada piso con cuatro piezas, con cocina de la misma construcción, servicios higiénicos y sanitarios, instalaciones de agua, el suelo en que se encuentra edificada y su solar accesorio, inmueble ubicado dentro del área de la población del municipio de Anzoátegui y se encuentra alinderado de la manera siguiente: "...**Quinta.**—Que los permutantes obrando de común acuerdo han avaluado los bienes que entre sí cambian en los presentes términos, así: El inmueble o inmuebles que relacionan las letras a) y b) de la cláusula primera anterior, en la suma de **diez mil pesos** ($ 10.000.00) moneda colombiana, y el inmueble urbano que relaciona la cláusula tercera anterior en la suma de **cinco mil pesos** ($ 5.000.00). **Sexta.**—Que por razón de esta diferencia de avalúo, el permutante Jesús María Rodríguez, entrega en este acto y en dinero de contado al permutante Domingo Zambrano la suma de **cinco mil pesos** ($ 5.000.00) moneda corriente que éste declara recibidos satisfactoriamente. **Séptima.**—Que en el día de hoy se hacen recíproca entrega de los bienes que entre sí han cambiado poniéndose al mismo tiempo en posesión material de ellos".

En la cláusula octava garantizaron los contratantes que los bienes "que entre sí permutan", se hallan libres de embargos, etc.

Esa escritura, por lo que respecta a los bienes que pertenecían a Domingo Zambrano fue registrada el veintitres (23) de agosto de mil novecientos cincuenta y dos (1952) pero el registrador se abstuvo de registrar la escritura en la parte referente al inmueble relacionado en la cláusula número tercera, o sea el inmueble que Jesús María Rodríguez transfería al permutante Domingo Zambrano porque tal bien se hallaba embargado en el juicio de Carlos Arturo Gómez contra el referido Jesús María Rodríguez según la certificación del respectivo funcionario visible al folio 12 vuelto del cuaderno principal.

En esa situación Domingo Zambrano le vendió a Guillermo Miranda M., por escritura número mil ochenta y cuatro (1.084) de veintiocho (28) de julio de mil novecientos cincuenta y dos (1952) los mismos bienes que transfería en permuta a Rodríguez. Esta escritura fue registrada el treinta y uno (31) de julio de mil novecientos cincuenta y dos (1952), es decir antes del registro de la escritura mil trescientos treinta y cuatro

(1.334) en relación con los bienes de que se ha hablado antes.

Fue así como con fundamento en estos hechos Domingo Zambrano y Guillermo Miranda demandaron a Jesús María Rodríguez y "ante la imposibilidad de llevar a efecto la permuta por razón del embargo referido (dice el hecho 5º de la demanda) Zambrano advirtió a Rodríguez que prescindía del negocio y se reservaba la libertad de disponer de su inmueble en otra operación. Y solicitaron de la jurisdicción, principalmente:

Que se declarara nulo de nulidad absoluta el contrato de permuta a que alude el instrumento público mil trescientos treinta y cuatro (1.334); que se ordenara al registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito la cancelación del registro que hizo de una parte de dicha permuta según los términos de la inscripción a que hace alusión el respectivo certificado; que como consecuencia de lo anterior el inmueble pertenece al actual comprador señor Guillermo Miranda según la letra de la escritura número mil ochenta y cuatro (1.084).

El demandado contestó la demanda diciendo que el contrato celebrado con Zambrano no era de permuta sino de venta y que el precio fue la suma de diez y seis mil pesos ($ 16.000.00) del cual cinco mil pesos ($ 5.000.00) estaba representado en la casa; que Zambrano tenía conocimiento del embargo existente y que aceptó demorar el registro de la escritura que le transfería el dominio de la casa hasta cuando el inmueble estuviera en el comercio.

En reconvención Rodríguez demandó a Zambrano y a Miranda para que se declarara que le pertenece en propiedad la finca denominada "Agua Bonita" a que alude la escritura número mil trescientos treinta y cuatro (1.334); que la escritura número mil ochenta y cuatro (1.084) de veintiocho (28) de julio de mil novecientos cincuenta y dos (1952) relacionada anteriormente "consigna un contrato aparente o simulado de compraventa". Y que los registros de esa escritura deben ser cancelados, debiendo pagar, además, los demandados en reconvención los perjuicios por razón del contrato simulado.

Los hechos esenciales son:

Que el contrato celebrado entre Zambrano y Rodríguez no fue de permuta sino de compraventa; que el precio fue la suma de diez y seis mil pesos ($ 16.000.00) de los cuales Rodríguez entregó once mil pesos ($ 11.000.00); que si aparece un valor menor, ello se debió a que así lo solicitó Zambrano para eludir el mayor valor de impuestos; que éste tuvo conocimiento de la existencia del embargo y que accedió a demorar el registro de la escritura hasta que se consiguiera la cancelación de ese embargo; que la compraventa realizada entre Zambrano y Miranda es simulada y no tiene otro objeto que el de lesionar los intereses de Rodríguez. El Tribunal confirmó la sentencia de primera instancia que desató favorablemente los pedimentos esenciales de los actores en el juicio, señores Domingo Zambrano y Guillermo Miranda y absolvió a éstos de los cargos formulados en la demanda de reconvención.

La casación

En la demanda de casación al hacer el resumen de los hechos el recurrente dá como probados hechos que no lo están; ese escrito, en general, adolece de graves deficiencias en cuanto se refiere a los elementos técnicos que gobiernan este recurso extraordinario, como se verá a lo largo de este proveído. La Corte aceptando el criterio expuesto en numerosos fallos bien hubiera podido rechazar de plano la demanda de casación.

"Primer cargo.—El primero, estatuído en el artículo 520 del C. J. Por ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea".

Para fundamentar este cargo, expuesto en la forma literal que se anota, el recurrente critica que el Tribunal haya tenido el contrato como permuta cuando es de compraventa y al efecto invoca el artículo 1850 del C. C., que dice: "Cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero; y venta en el caso contrario". Y cita algunos autores que estiman que cuando el precio es igual a la cosa que se dá en permuta el contrato es de compraventa. Termina el cargo diciendo que en virtud de esa apreciación del Tribunal se violaron los artículos 1927, que no dice relación alguna al caso debatido, y 1955 y ss. del C. C., 1850, 1849; este último contiene la definición de lo que se entiende por compraventa y el 1955 la de permutación o cambio.

El cargo en la forma anómala en que se ha expuesto, nada dice que le sirva a la Corte como ataque probado contra la sentencia recurrida. Se observa, sí, que aun cuando según lo estipulado en la escritura número 1.334 el valor del inmueble dado en permuta fue igual a la suma necesaria para compensar el valor de los bienes en-

tregados por Zambrano, ello no desvirtúa la naturaleza del contrato claramente manifestado en la voluntad de los otorgantes realizada al través de las cláusulas del mismo. Por ello el Tribunal estimó que se trataba de una permuta y llegando al fondo mismo del problema hizo la siguiente consideración que no ha sido desvirtuada: "sea de ello lo que fuere y considérese el contrato de venta o de permuta, lo cierto es que la finca raíz que Rodríguez transfirió a Zambrano, a cambio de la que éste le transfirió a aquél, se hallaba embargada el día que se celebró el contrato y por consiguiente fuéra del comercio. En estas condiciones el contrato es nulo, de nulidad absoluta, por haber objeto ilícito en él. Así lo dice expresamente el artículo 1521 del C. C. cuando estatuye: "Hay objeto ilícito en la enajenación: 1º De las cosas que no están en el comercio..." y el 1741 de la misma obra que establece que la nulidad producida por objeto ilícito, es nulidad absoluta". Nada se insinúa en el cargo en contra de la aplicación de los anteriores preceptos, anotándose, que el fallador consideró como fundamento de la nulidad el hecho de que se tratara en el contrato de un objeto ilícito; pero no porque el bien estuviera fuéra del comercio en forma absoluta sino porque se hallaba embargado por decreto judicial y sin que se hubieran cumplido las excepciones a que alude el numeral 3º del artículo 1521. Hay indudablemente, un objeto ilícito en la enajenación que recogió el contrato, comoquiera que no se logró demostrar en forma alguna que Zambrano hubiera reconocido la existencia del embargo y conociéndola hubiera pactado y accedido a que la obligación de Rodríguez de transferir el dominio por medio del registro fuera postergada hasta cuando se consiguiera el levantamiento del embargo. Sin que valga la afirmación del recurrente de que debe tenerse como confesión indivisible la contestación dada por Rodríguez al absolver posiciones cuando aceptó "que la casa estaba embargada por unas letras falsificadas a lo cual Zambrano convino, manifestándome que cuando se levantara el embargo él haría registrar la escritura". Cree el recurrente que en estas proposiciones se contiene una confesión indivisible que no ha podido desvirtuar Zambrano. Ello es inexacto. La confesión hecha por Rodríguez de ser cierto el embargo, está demostrada plenamente con la certificación del registro; el agregado entraña una modificación substancial, un hecho exceptivo a la probanza oficial que ha debido ser demostrado por el absolvente.

El Tribunal, afirmó, pues, la existencia del objeto ilícito por razón de la vigencia del embargo y afirmó que el inmueble se hallaba fuéra del comercio; de esto pretende deducir el recurrente una causal suficiente para infirmar el fallo, porque el sentenciador hizo mención del numeral primero del artículo 1521 del C. C., y no del tercero. Pero la misma cita que hace del expositor doctor Valencia Zea le está indicando cómo los bienes embargados por decreto judicial se hallan fuéra del comercio en forma relativa. El artículo 1957 del C. C., establece que no pueden cambiarse las cosas que no pueden venderse; el 1876 dice que pueden venderse todas las cosas corporales o incorporales cuya enajenación no esté prohibida por la Ley; el 1521 indica cuándo hay objeto ilícito; mientras se hallara vigente el embargo judicial, había objeto ilícito en el contrato recogido en la escritura número 1334; no se podía verificar la tradición de dominio del bien que Rodríguez daba en permuta porque el artículo 43 de la Ley 57 de 1887 le prohibe al registrador de instrumentos públicos verificar el registro "cuando en los libros de registros de autos de embargo..., aparezca registrado el auto que ordena el embargo de la finca que se quiere enajenar...".

No se acepta el cargo.

Segundo cargo. — En este ataque, también irregularmente formulado, se hallan reunidas unas cuantas afirmaciones sin valor legal alguno, como pasa a verse:

Dice el recurrente que el Tribunal violó los artículos 1521 y 1741 del C .C., porque estimó que la casa se hallaba fuéra del comercio, pretendiendo deducir que en todo caso la nulidad declarada por el Tribunal no podía ser absoluta sino relativa, sin que exponga un fundamento serio de tal apreciación. Las cosas embargadas por decreto judicial están fuéra del comercio en forma relativa, lo que quiere decir que si el Juez autoriza la enajenación o el acreedor lo permite, puede verificarse el registro de la escritura; la omisión de estas exigencias no genera la nulidad a que alude el recurrente.

Se insiste en sostener que el contrato que se ha cuestionado es de compraventa y que "el hecho de que no se haya registrado posteriormente la escritura en nada afecta la esencia del contrato, por cuanto no es dable presumir mala fe en una de las partes, como lo hizo el fallador de segunda instancia, y por el contrario Rodríguez demostró su buena fe al hacer entrega de una parte del precio representado en la casa y solar al vendedor Zambrano...". Agrega el recurrente que

la acción de nulidad no tiene operancia sino respecto de los contratos que adolezcan de algún vicio que les reste su eficacia legal y jurídica; que como no está demostrado que en el contrato hubiera habido vicio del consentimiento, fuerza o dolo, no procedía la nulidad decretada por el Tribunal; y que, como Zambrano recibió la casa materialmente que era parte del precio, Rodríguez cumplió lo pactado en su integridad.

La Corte considera que el recurrente no se ha dado cuenta de cuál fue la causal que indujo al Tribunal a declarar la nulidad del contrato; no fue la presencia de ningún vicio del consentimiento sino que en fuerza de la presencia de un objeto ilícito en el contrato, declaró la nulidad absoluta en cumplimiento del artículo 1741 del C. C.

El cargo carece de fundamento.

Cargo tercero.—En este aparte el recurrente acusa la sentencia nada menos que "por violación directa de las siguientes disposiciones sustantivas: todas las contenidas en los títulos 21, 23, 25 y 42 del Libro IV del Código Civil, y las contenidas en el Código de Procedimiento Civil, Capítulo 2º, Título XVIII, Libro II...".

La Corte saldría de la función que le es propia si refiriéndose a la insistente falta de técnica en la formulación de la demanda de casación que motiva este fallo tuviera que transcribir los numerosos fallos que versan sobre la manera de cómo debe formularse y sostenerse este recurso extraordinario. Al acaso puede consultarse cualquier tomo de la jurisprudencia de la Corte y con seguridad allí se encuentran claras enseñanzas al respecto.

Pero por la analogía que existe se transcribe lo siguiente tomado del fallo de 26 de noviembre próximo pasado de la Sala de Casación Civil.

"Ante todo es ostensible la ineptitud del cargo en la forma presentada, porque el recurrente olvidó que en casación es indispensable no sólo citar las disposiciones sustantivas que se consideren violadas (28 en este caso), sino explicar en qué sentido y por qué razón se quebrantó cada una. Aquí no se intentó nada de eso. Al contrario, el recurrente recogió 28 artículos, formó un haz atado con la enunciación general de la materia de que trata, se lo entregó a la Corte como diciéndole (aunque literalmente no sean esas las palabras): Señores Magistrados: suelten ustedes el nudo de la cuerda con que yo les traigo amarrados estos artículos del Código Civil, examínenlos uno a uno y verán cómo el Tribunal los violó, en qué concepto y por qué".

El recurrente en ese cargo critica al fallador porque no tuvo en cuenta la demanda de reconvención. Pero lo que sucede es que al Tribunal no le fue ofrecida prueba alguna que acreditara la inexistencia del contrato por simulación.

Se rechaza el cargo.

En mérito de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA el fallo recurrido.

No se causaron costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Ignacio Gómez Posse — Agustín Gómez Prada. Luis Felipe Latorre U. — Alberto Zuleta Angel. Ernesto Melendro Lugo, Srio.

ACCION DE INDEMNIZACION POR PERJUICIOS.—TECNICA DE CASACION.

1.—En múltiple e invariable jurisprudencia de la Corte se ha venido consagrando que cuando el cargo se formula por errores de hecho o de derecho en virtud de apreciación errónea o falta de apreciación de una o de varias pruebas señaladas concretamente, es necesario para que el ataque pueda prosperar que se señale, precisamente, la disposición sustantiva quebrantada por consecuencia del error alegado y probado.

2.—La norma probatoria por sí sola carece de dinámica en tanto no se le vincule a la protección de un derecho subjetivo agitado al través del proceso judicial.

3.—No puede ser suficiente como fundamento de un cargo en casación el que se invoque la violación de disposiciones sobre régimen probatorio sin que se precisen los mandatos creadores del derecho cuyo ejercicio se reclama.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre veintiseis de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora en el juicio, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira el veintiuno (21) de noviembre de mil novecientos cincuenta y tres (1953).

Antecedentes

El señor Víctor Pascualy Camargo demandó por la vía ordinaria a la Compañía Productora de yeso y cal, Giraldo y Molina, representada por su administrador Vicente Giraldo G., para que se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª—Que se condene a la Sociedad demandada al pago de la cantidad de cuarenta mil pesos ($ 40.000.00) moneda legal, por concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados al demandante con ocasión del laboreo y explotación de la mina de yeso y cal que explota en los lotes de "Piedra de Candela".

2ª—Que en subsidio de la cantidad anterior se condene a lo justipreciado y determinado por los peritos nombrados en el juicio.

3ª—Que se condene a la Sociedad demandada al pago de las costas procesales.

Como hechos fundamentales de la acción se expusieron:

"1º—Que el señor Pascualy Camargo es el actual poseedor inscrito y material de la finca denominada "Mone", ubicada en jurisdicción municipal de Ibagué, determinada y alinderada en los términos de las escrituras y certificado anotados en el libelo y acompañados a él.

"2º—Que al tenor de la escritura número 799 de 25 de junio de 1948 de la Notaría 1ª de Ibagué y según el certificado de la Cámara de Comercio de Armenia se constituyó y tiene existencia legal la Compañía demandada.

"3º—Que la Compañía aludida, productora de yeso y cal, es propietaria de una mina de yeso y cal, que tiene actualmente en explotación, mina que se encuentra en las fincas de "Piedra de Candela", jurisdicción del Municipio de Rovira, Departamento del Tolima.

"4º—Los lotes de terreno 'Piedra de Candela' en donde está situada la mina se componen de un cerro de gran desnivel que contiene millones de toneladas de material yesero que la entidad demandada explota permanentemente desde hace varios años, sirviéndose de dinamita y de un monitor para una más económica y eficiente producción.

"5º—Los lotes de 'Piedra de Candela' y la mina de yeso y cal, están bañados en su parte baja por el río Coello, sobre el cual caen los desperdicios del material no aprovechable en la explotación de la mina; ese río, de por medio la mina, colinda con la finca denominada "None" de propiedad del demandante, en cuya parte el terreno es completamente plano y goza de las mejores tierras y vegas para los principales cultivos".

"6º—Cerca del río y precisamente frente a la mina de yeso y cal, el actor tiene en grande extensión cultivos de caña de azúcar, organizado un buen establecimiento para beneficio de la misma, montajes de fuerza hidráulica, etc., para la industria de panela: por causa de los trabajos

de la explotación de la mina y sin previsión de ninguna clase se han ido depositando en la orilla y sobre el lecho del río Coello gran cantidad de piedras y materiales no aprovechables que han formado un promontorio de consideración obstruyendo el libre curso de las aguas del río.

"7º—Esos depósitos arrojados por la explotación de la mina, y por la detención de las aguas del río a modo de represa, han inclinado y variado el curso del río hacia la finca 'Moné' inutilizando las tierras y está en vía de invadir e inutilizar una gran extensión que arriesga cobijar las mejoras, y el establecimiento de panela del dueño de la finca.

"8º—Por lo tanto don Víctor Pascualy no solamente ha sufrido daño patrimonial en sus tierras por los dichos motivos sino que se encuentra en inminente, grave y cierto peligro de sufrir daños y perjuicios de gran consideración por el desborde del río obstaculizado en su curso.

"9º—La Compañía demandada no solamente está obligada a ser diligente y prudente en sus actividades sino que debe ser previsiva en los daños y perjuicios que por razón de la explotación cause a terceros de manera cierta y precisa.

"10º—En el juicio de policía adelantado ante el alcalde municipal de Rovira, la Compañía demandada fue condenada al depósito de una caución para responder de los perjuicios".

La entidad demandada al contestar el libelo negó los hechos esenciales y se opuso a que se hicieran las declaraciones solicitadas.

Los fallos de instancia

Tanto el Juzgado del Circuito de Armenia como el Tribunal absolvieron a la Compañía, no accediendo a ninguna de las peticiones formuladas por la parte actora.

La demanda de casación

El recurrente formula el ataque contra la sentencia en la siguiente forma: "Acuso la sentencia que puso fin a la segunda instancia en este juicio por la primera de las causales que señala el artículo 520 del C. J., esto es, por ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, por aplicación indebida y por interpretación errónea, y, además, porque la violación de la ley en este caso 'proviene de apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba' habiendo incurrido el Tribunal en error de derecho y consecuencialmente en un error de hecho que aparece de un modo manifiesto en los autos... **Disposiciones legales infringidas por la sentencia.**—La sentencia que acuso viola de manera ostensible los artículos 723 y 730 del C. J. La Corte, en reiterada jurisprudencia ha establecido que las disposiciones que señalo como violadas tienen carácter sustantivo".

El recurrente hace un detenido estudio tanto de los dictámenes periciales como de la inspección ocular producidos en instancias para concluir que el fallador incurrió en error de derecho y de hecho en la apreciación de aquellas pruebas y que ello es suficiente para que sea casada la sentencia recurrida.

Y para sustentar la fundamentación cita una jurisprudencia de la Corte contenida en el fallo del 31 de marzo de 1938 en que se estimó que la violación directa de los artículos 722 y 730 del C. J., era suficiente para infirmar el fallo objeto de aquel estudio.

La Corte considera:

En múltiple e invariable jurisprudencia de la Corte se ha venido consagrando que cuando el cargo se formula por errores de hecho o de derecho en virtud de apreciación errónea o falta de apreciación de una o de varias pruebas señaladas concretamente, es necesario para que el ataque pueda prosperar que se señale, precisamente, la disposición sustantiva quebrantada por consecuencia del error alegado y probado.

Es cierto que las disposiciones relativas al régimen de las pruebas se han considerado como sustantivas en cuanto ellas fijan el criterio para su valoración como medios procesales encaminados a la tutela del derecho sustantivo propiamente dicho, esto es, en cuanto es fuente de derechos y obligaciones entre las personas naturales o jurídicas. Pero la norma probatoria por sí sola carece de dinámica en tanto no se le vincule a la protección de un derecho subjetivo agitado al través del proceso judicial.

La jurisprudencia citada por el recurrente no contraría los anteriores conceptos, como pasa a verse.

En el fallo de la Corte de 31 de marzo de 1938 que aparece publicado en la GACETA JUDICIAL número 1934, se casó la sentencia proferida por el Tribunal de Santa Marta en el ordinario de Francisco Barbés contra la United Fruit Company sobre indemnización de perjuicios. Pero la cuestión debatida fue clara: El fallador de instancia condenó al pago de perjuicios en forma abstracta, es decir, halló justificado el derecho del actor; el recurrente no aceptó esta condenación

que lo remitía a los trámites del artículo 553 del C. J., y ante la Corte logró demostrar el error de hecho y de derecho en que había incurrido el Tribunal por no haber apreciado correctamente los artículos 722 y 730 del C. J. La Corte aceptó que la prueba determinaba claramente el quantum de la indemnización e hizo la condenación en concreto.

Como se ve el caso objeto de este estudio no tiene analogía con el que cita el recurrente, porque los fallos de instancia han llegado al fondo mismo del derecho impetrado negando su vigencia y absolviendo a la entidad demandada. De consiguiente, no puede ser suficiente como fundamento de un cargo en casación el que se invoque la violación de disposiciones sobre régimen probatorio sin que se precisen los mandatos creadores del derecho cuyo ejercicio se reclama. Las pruebas —inspecciones, dictamen de peritos en este caso— son medios aptos para demostrar los hechos que le sirven o pueden servirle de base al derecho, consagrado a su vez por una norma sustantiva y puesto en movimiento por la acción. Por lo tanto, cuando en casación se funda el ataque únicamente sobre errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, no se ha corrido el camino necesario para su viabilidad. Por lo tanto sería inoficioso que se entrara a hacer el estudio que el recurrente le propone a la Corte referente a los simples errores de hecho o de derecho en que hubiere incurrido el fallador, al proferir su sentencia.

Lo expuesto anteriormente recoge la doctrina de invariable jurisprudencia. Se transcriben a continuación algunos apartes de fallos de la Corte:

"Respecto del primer cargo se observa, desde luego, que se refiere a preceptos meramente reguladores del mérito probatorio de la prueba testimonial en cuanto restringe su admisibilidad, y de la excepción que a tales restricciones se consagra; en tal virtud es del todo aplicable al caso de autos la tesis tantas veces expuesta por la Corte, a saber: 'Muchas veces se ha repetido que la errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí causal de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo que es la violación de la ley sustantiva. Cuando esta infracción se hace provenir de equivocada apreciación probatoria es indispensable que la acusación no se detenga en el señalamiento y demostración del error, sino que es preciso citar la ley sustantiva que se considera infringida, que es con la que debe hacer la Corte la confrontación de la sentencia. Sin este complemento el cargo queda a medio camino e inútil. Y esto aún tratándose de error de derecho por haber el Tribunal desoído las disposiciones legales reglamentarias de la prueba y de su estimación y alcance, disposiciones éstas cuya cita, que indudablemente contribuye a dar luz cuando se hace, no es necesaria, y cuyo quebrantamiento, cíteselas o no, es lo que constituye precisamente el error de derecho en su apreciación. La calidad sustantiva que siempre se ha reconocido a las disposiciones que consagran la estimación obligatoria de determinadas pruebas, sustantividad de carácter procesal en el sentido de importancia como medios de demostrar el derecho, pero no en la acepción de fuentes de derecho no basta para tener por satisfecha la exigencia que impone la ley al recurrente de señalar la disposición propiamente sustantiva, porque, como se acaba de decir, la inexacta apreciación jurídica de la fuerza o eficacia de un elemento de prueba es apenas constitutiva del error de derecho, mediante el cual llegó el sentenciador a un equivocada conclusión sobre la cuestión de fondo debatida en el juicio. Dentro del mecanismo técnico de la causal primera de casación, cuando la violación de la ley proviene de apreciación errónea de pruebas, podría llamarse a la del correspondiente artículo que fija el mérito probatorio violación medio, porque de ella, una vez demostrada, hay que deducir todavía el quebrantamiento de la que propiamente llama el artículo 520 del C. J. ley sustantiva, y que es el único motivo que dá acceso a la casación". (G. J. número 1986, pág. 640. Casación 1º septiembre de 1949. G. J. número 2077, pág. 604).

"Del cargo formulado que se estudia se deduciría simplemente la justificación del error en la apreciación de las pruebas en presencia de lo que los artículos establecen; de manera que el cargo de violación de dichas disposiciones, no conduce sino á fundar, demostrar y corroborar el error de apreciación de pruebas; pero ese error no basta por sí solo al recurso de casación. La sola demostración de él, sea manifiesta de hecho, sea de derecho, sea de ambos, no es suficiente para romper la sentencia recurrida, en su caso, sino que debe, además, formularse y demostrarse el cargo de violación consecuencial de una o más disposiciones sustantivas. Aquí el cargo de violación... se hizo sólo en lo relacionado con la apreciación de las pruebas, y el recurrente, limitándose a esto dejó en visible estado de inoficiosidad cuanto alegó sobre esa apreciación pues-

to que, aún en el evento de acogerse este cargo, faltaría la formulación del cargo complementario, coronación de esa labor, que poniendo en relación esa errónea apreciación con el fondo mismo del pleito, permitiese estudiar ese fondo, indagar si la sentencia violó tales disposiciones sustantivas referentes al mismo, y decidir en forma de evitar esta violación, caso de hallarla'. (Casación, octubre 3 de 1936. GACETA JUDICIAL, número 1918, pág. 448)".

"En consecuencia, por no haber indicado el recurrente las disposiciones civiles sustantivas que hayan podido ser quebrantadas por el Tribunal indirectamente, esto es, a través de la violación de los artículos 697 y 730 del Código Judicial, o, lo que es lo mismo, a través de la errada apreciación de los testimonios y del acta de la inspección ocular, la Sala, de acuerdo con su reiterada jurisprudencia, se ve precisada a rechazar el cargo, sin entrar a considerar, por inútil, si efectivamente el sentenciador incurrió en el error acusado al apreciar tales pruebas con quebrantamiento de las normas simplemente procesales que determinan su valor. (Casación 3 de noviembre de 1950. G. J. número 2089, pág. 229)".

"El establecer un derecho civil determinado a favor de los particulares, es lo que le dá a la norma el carácter de disposición sustantiva, para los efectos del recurso de casación. (Casación civil, septiembre 4 de 1953)".

"La demostración de error en la apreciación de una prueba, sea error manifiesto de hecho o de derecho, no determina por sí sola la prosperidad del recurso de casación, porque no es suficiente para romper la sentencia recurrida, puesto que faltaría la formulación del cargo complementario, coronación de esa labor, que poniendo en relación esa errónea apreciación con el fondo mismo del pleito, permitiese indagar si la sentencia violó las disposiciones sustantivas referentes al mismo, y decidir en forma de evitar esa violación, caso de hallarlas. (Casación civil, agosto 17 de 1953. T. LXXVI, número 2133)".

El ataque contra la sentencia recurrida en la forma en que se ha expuesto, no prospera.

En mérito de lo dicho la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia objeto del recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Ignacio Gómez Posse — **Agustín Gómez Prada**. **Luis Felipe Latorre U.** — **Alberto Zuleta Angel**. **Ernesto Melendro Lugo**, Srio.

NULIDAD DE UN CONTRATO DE TRANSACCION, CELEBRADO ENTRE ESPOSOS, Y DE LIQUIDACION PROVISIONAL DE LA SOCIEDAD CONYUGAL EN EL CONTENIDA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre veintisiete de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

La escritura pública número 73 otorgada en la Notaría de Segovia el 19 de mayo de 1951 por Luis E. Posada R., en su propio nombre, y Luis E. Uribe P., como apoderado de Adelina Mejía de Posada, declara lo siguiente:

"**Primero.**—Que Luis E. Posada R. y Adelina Mejía de P. están unidos en matrimonio católico, contraído en la población de Yarumal, Departamento de Antioquia, hace varios años.

"**Segundo.**—Que en ejercicio de la capacidad reconocida a los cónyuges en el artículo 7º de la Ley 28 de 1932, y para dar cumplimiento al contrato de transacción celebrado en la ciudad de Medellín el 19 de abril de 1951, vienen a verificar y en efecto verifican por medio de la presente escritura la liquidación provisional de la sociedad conyugal Posada-Mejía y hacen la distribución de los bienes obtenidos por dicha sociedad de acuerdo con las cláusulas siguientes:

"**Primera.**—Al cónyuge Luis E. Posada R. se le adjudica el dominio de los siguientes inmuebles:

"A) La finca 'La Lucha', situada en Puerto Claver, jurisdicción del Municipio de Zaragoza, compuesta de potreros, sementeras, casa de habitación, demás mejoras y anexidades y alinderada así:..... Este inmueble fue adquirido por compra a Ramón Aguirre, Enrique Londoño, Jorge Davison, Arturo González, y como colono.

"B) Una casa de habitación, de madera y paja, piso de cemento, situada en la calle principal de Puerto Claver, alinderada así:... Este inmueble lo hubo por construcción hecha por Posada en solar comprado a Faustino Jaramillo.

"**Segunda.**—Al cónyuge Luis E. Posada R. se le adjudican 146 cabezas de ganado vacuno, 9 bestias caballares y mulares, y 27 cerdos, animales todos estos que se encuentran en la finca 'La Lucha'.

"**Tercera.**—Al cónyuge Luis E. Posada R. se le adjudican las siguientes deudas, únicas que tiene actualmente la sociedad conyugal: una por $ 10.000 a favor del señor Modesto Jaramillo, de Puerto Claver; una por $ 5.000 a favor de la Caja Agraria, Sucursal de Medellín; y otra por $ 175 a favor del señor Ramón Aguirre, de Puerto Claver.

"**Cuarta.**—A la cónyuge Adelina Mejía de Posada se le adjudica la suma de $ 20.000 moneda legal, que el cónyuge Posada se obliga a pagar a aquélla o a su apoderado, en la siguiente forma: $ 10.000 en el mes de diciembre del corriente año, y los $ 10.000 restantes en diciembre de 1952.

"**Quinta.**—Para asegurar el pago de las sumas dichas, que no devengarán intereses durante el plazo, el deudor Posada hipoteca a favor de la señora Adelina Mejía de Posada los siguientes bienes: I) La finca 'La Lucha', situada en Puerto Claver, jurisdicción del Municipio de Zaragoza... II) Una casa de habitación, de madera y paja, piso de cemento, situada en la calle principal de Puerto Claver...

"**Segundo** (sic).—Que las adjudicaciones hechas lo son sin perjuicio de terceros e imputables a gananciales".

En demanda ordinaria incoada contra Adelina Mejía de Posada ante el Juez del Circuito de Yarumal, Luis E. Posada R. suplicó la declaración de nulidad absoluta de lo estipulado por los dos cónyuges en la dicha escritura número 73 de la Notaría de Segovia; de que tanto los muebles como los inmuebles que fueron objeto de la liquidación provisional, están radicados en cabeza del cónyuge Luis E. Posada R., y de que el cré-

dito de $ 20.000 adjudicado a Adelina Mejía de Posada, lo mismo que la hipoteca en su respaldo, no tienen valor, por objeto y causa ilícitos. Pidió, además, la cancelación de las respectivas inscripciones en el registro, del propio modo que el pago de las costas, caso de que la demandada se opusiera.

Como fundamentos de hecho, aparte de la celebración del matrimonio entre Luis y Adelina el 12 de abril de 1926, en Yarumal, se adujo que todos los bienes abarcados por la liquidación provisional de la sociedad conyugal, fueron adquiridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 28 de 1932, a partir del año de 1939 cuando Luis E. Posada R. principió a trabajar como colono en tierras baldías ubicadas en la región de Puerto Claver, y después alcanzó a montar una finca con pastos, ganados, sementeras, casa de habitación, etc., denominada 'La Lucha', lo mismo que a comprar el terreno donde construyó una casa.

En su respuesta, la demandada declara que la liquidación de la sociedad conyugal se hizo porque ella había establecido juicio de separación de bienes contra Posada R., quien la abandonara e incumpliera sus deberes de esposo. Que después de ser embargados los bienes de la sociedad conyugal, el marido propuso a los abogados de la mujer, que se hiciera aquella liquidación, la que se efectuó para transigir y poner término al juicio, en que el cónyuge estima que se habrían partido entre los dos, todos los bienes adquiridos durante el matrimonio. Y termina su respuesta:

"Me opongo, en consecuencia, a que se hagan las declaraciones solicitadas y propongo las excepciones de transacción, dolo, la de petición antes de tiempo o de un modo indebido, la genérica de todo hecho".

El Juez Civil del Circuito de Yarumal falló la primera instancia con fecha 23 de marzo de 1954, y dijo:

"a) Se declara nula de nulidad absoluta la liquidación provisional de la sociedad conyugal formada por los cónyuges Luis E. Posada R. y Adelina Posada que se hizo constar en la escritura número 73 de 19 de mayo de 1951, pasada ante el Notario del Circuito de Segovia.

"b) Se declara que los bienes muebles e inmuebles que fueron objeto de la liquidación provisional del matrimonio (sic) Posada-Mejía, están radicados en cabeza del cónyuge Luis E. Posada R.

"c) Se declara que el crédito, con garantía hipotecaria, por la suma de $ 20.000 adjudicado a la cónyuge Adelina Mejía de P. en escritura de liquidación (sic) no tiene valor legal por falta de objeto y causa lícitos.

"d) Se ordena la cancelación del registro de la escritura de liquidación y de la hipoteca de que dá cuenta dicha escritura.

"e) Se condena en costas a la parte demandada, las que serán tasadas por la Secretaría; las agencias en derecho se liquidarán a su debido tiempo".

Apeló la parte demandada, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en su sentencia de 25 de noviembre de 1954, resolvió confirmar la de primera instancia en los términos siguientes:

"1º—Es nula de nulidad absoluta la transacción celebrada entre los esposos Luis E. Posada R. y Adelina Mejía a que se hace referencia en la escritura número 73 de 19 de mayo de 1951, otorgada ante el Notario de Segovia y la liquidación de la sociedad conyugal en ella contenida.

"2º—Se declara que los bienes muebles e inmuebles que fueron objeto de esa liquidación están por ahora radicados en cabeza del cónyuge Luis E. Posada R.

"3º—Se declara que el crédito con garantía hipotecaria por la suma de $ 20.000 adjudicado a la cónyuge Adelina Mejía de P. en la citada escritura no tiene valor.

"4º—Se ordena la cancelación del registro de la escritura número 73 mencionada tanto en el libro I como en el de hipotecas.

"5º—Restablécense las cosas al estado pretransaccional y por consiguiente carece de valor el desistimiento del juicio de separación de bienes propuesto por la señora Mejía, el cual seguirá y tendrá las garantías y seguridades preventivas constituídas durante él con valor a las fechas de las mismas.

"6º—No hay lugar a condenación en costas".

La parte actora interpuso recurso de casación y para sustentarlo tiene aducidas las causales 2ª y 1ª del artículo 520 del Código Judicial, las que pasan al estudio.

Sobre la causal 2ª, concerniente a no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, la demanda transcribe las súplicas del libelo inicial, y alude a cada una de las excepciones propuestas en la contestación para concluir "que la declaratoria de nulidad del contrato de transacción, la acción o excepción de nulidad de este contrato, no fue propuesta en manera alguna por ninguna de las partes; por consiguiente —agrega—

la validez o nulidad del mismo no caía bajo la jurisdicción del fallador en el presente juicio. Y tal sería su desinterés respecto del mismo, que ni siquiera se cuidaron de allegarlo a los autos".

Transcribe la parte resolutiva de la sentencia acusada y termina el cargo así:

"Como se observa de la transcripción, el Tribunal excedió los límites fijados por las partes al litigio, y entró a decidir sobre un punto que no se sometió a su consideración y jurídicamente extraño al pleito. Tal punto es la validez o nulidad del contrato de transacción, a que hace referencia la escritura pública número 73 ya citada, y que se celebró el 19 de abril de 1951, según manifestación de las mismas partes".

Se considera:

La cuestión sometida al juicio del sentenciador viene a ser clara si se puntualiza lo siguiente:

Adelina Mejía de Posada había introducido demanda de separación de bienes contra su marido ante el Juez del Circuito de Segovia, después de obtener embargo de los pertenecientes a la sociedad conyugal, como medida precautelar.

Antes de ser notificada aquella demanda convinieron las partes en poner término a la vía judicial, y de común acuerdo pactaron la liquidación provisional de la sociedad conyugal, según aparece de la escritura pública número 73 otorgada el 19 de mayo de 1951 en la Notaría de Segovia. Esto condujo al desistimiento, según se lee en el respectivo memorial, a saber:

"Entre el demandante y demandado, en el juicio expresado, hubo una partición y liquidación provisional de la sociedad conyugal existente entre ellos, ya formalizada por escritura pública. En consecuencia, no habrá de continuarse el juicio iniciado en ese despacho y en el cual no ha habido notificación de la demanda. Por ello mismo desisto de tal juicio y comedidamente solicito: a) que se digne aceptar este desistimiento y ordenar se archive el expediente; b) que en el mismo auto en que admita el desistimiento decrete el desembargo de los bienes inmuebles embargados en las medidas preventivas correspondientes, desembargo que será comunicado al señor Registrador de Instrumentos Públicos de este Circuito".

No desistió Luis E. Posada R., seguramente porque todavía no era parte en el juicio, desde luego que no estaba notificado de la demanda.

La cuestión no se debate entonces en el plano de las causas eficientes, sino en el de las causas finales: buscaban los cónyuges que no se adelantara el proceso ante la justicia, sino zanjar el litigio por medios extrajudiciales. Así aparece con nitidez el móvil determinante de la contratación consignada en la escritura 73 de la Notaría de Segovia. De suerte que si el medio empleado por las partes no fue hábil en derecho para obtener el resultado propuesto, con el medio mismo desaparece el fin que los contratantes deseaban alcanzar: la terminación extrajudicial del proceso que Adelina Mejía de Posada había iniciado contra su marido.

Si, pues, el Tribunal resolvió en todos sus extremos el problema **sub judice**, no se descubre fundamento alguno para el cargo de que fallara **ultra petita**, a efectos de la causal 2ª de casación.

Basta considerar, aparte de lo que viene expuesto, que en la contestación del libelo la demandante plantea la que denomina excepción de transacción con apoyo en la existencia de aquel pleito en que Adelina buscaba la mitad de los bienes sociales, y que invoca también a su favor la que llama excepción "genérica de todo hecho" que, según el artículo 343 del Código de procedimiento, consiste en que el juez debe reconocer en la sentencia y fallar el pleito en consonancia, cuando halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria, aunque ésta no se haya propuesto ni alegado, salvo la de prescripción que, por su naturaleza, debe siempre proponerse o alegarse.

De esa suerte, si lo que el Tribunal encontró probado fue algo más que una excepción, por consistir sencillamente en la consecuencia natural y obvia de volver las cosas al estado precontractual, como corolario inevitable de la nulidad declarada y de que desaparecido el medio mal puede conseguirse el fin que por esa misma vía se pretendiera alcanzar, es de palmaria claridad la consideración de que el fallo se produjo sobre la sujeta materia de la controversia, y nada más. La nulidad de la transacción fue pedida no como excepción sino como acción, y así quedó encerrada por el vínculo jurídico procesal.

Ni podría tampoco perderse de vista que, en su respuesta, la demandada alega la excepción de dolo, que consistiría en el engaño resultante de obtener Luis E. Posada el levantamiento del embargo preventivo por medio de un contrato absolutamente nulo, cuya ineficacia se demanda por el mismo marido en el presente juicio.

En realidad, por la escritura 73 de la Notaría de Segovia hubo apenas una tentativa de arreglo del proceso sobre separación de bienes, y si re-

sultó imposible en derecho el avenimiento, es lógico y natural que aquel juicio regrese al estado en que se hallaba al tiempo de la negociación inválida.

No prospera el cargo.

Cuanto a la causal 1ª, se alega que el fallo viola por aplicación indebida, como consecuencia de "errónea apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras", y por errores de hecho manifiestos en los autos, las disposiciones de los artículos 3º y 7º de la Ley 28 de 1932, 1519, 1523. 1740, 1741. 1742, 1746, 759, 2469 del Código Civil, 461 y 462 del Código Judicial. "En forma subsidiaria —dice el recurrente— propongo la violación de los artículos 1759 y 2469 del Código Civil y 461 y 462 del Código Judicial, como violación de medio".

Considera como pruebas erróneamente apreciadas, la escritura pública número 73 de 19 de mayo de 1951, Notaría del Circuito de Segovia, la contestación de la demanda, y el memorial de desistimiento que figura al folio 17 del cuaderno de pruebas de la parte demandada. Y como prueba no apreciada "en el valor indiciario que pueda serle atribuído", el interrogatorio para testigos, a folios 1º y siguientes del mismo cuaderno

Por lo que respecta a errores de hecho cometidos por el Tribunal, la demanda los señala así:

"a) Que la escritura pública número 73 de mayo 19 de 1951 de la Notaría del Circuito de Segovia, contiene un contrato de transacción celebrado por Luis E. Posada y Adelina Mejía de Posada para poner fin al litigio en curso (juicio de separación de bienes).

"b) Que, por consiguiente, el contrato de transacción celebrado entre Luis E. Posada y Adelina Mejía de Posada aparece en el expediente del presente juicio ordinario, y fue conocido por el Tribunal.

"c) Que el desistimiento de la acción presentado por el actor en el juicio de separación de bienes, tiene su fuente jurídica en un contrato de transacción celebrado entre las partes, o que es un acto jurídicamente ligado con el contrato de transacción referido".

En oposición, como hechos verdaderos, alega estos:

"a) La escritura pública número 73 de mayo 19 de 1951 de la Notaría de Segovia, no contiene un contrato de transacción y, por consiguiente, no es el contrato de transacción celebrado por Luis E. Posada y Adelina Mejía de Posada para poner fin al litigio en curso (juicio de separación de bienes).

"b) Por consiguiente el contrato de transacción celebrado entre Luis E. Posada y Adelina Mejía de Posada no aparece en el expediente del presente juicio ordinario, y no fue conocido por el Tribunal.

"c) El desistimiento de la acción presentado por el actor en el juicio de separación de bienes, no tiene su fuente jurídica en un contrato de transacción, ni relación jurídica alguna con él, sino que es un acto propio, separado, incondicional de la parte actora.

"Si estos hechos son los verdaderos —añade la demanda de casación— resultaría lo siguiente: que la escritura pública número 73, cuyo contenido es la liquidación provisional de la sociedad conyugal no puede anularse como contrato de transacción; que el contrato de transacción, evidentemente celebrado, aunque desconozcamos sus elementos, su forma de celebración, no podía ser anulado por el Tribunal, pues si desconocemos su objeto, mucho menos podremos saber si le eran aplicables las normas sobre nulidades que le fueron aplicadas, artículos 3º y 7º de la Ley 28 de 1932, y artículos 1740, 41, 42, 46 del Código Civil".

Y concluye el cargo así:

"En resumen, el contrato de transacción no podía ser objeto de pronunciamiento alguno en el presente juicio. Que el desistimiento es un acto independiente, incondicional de la parte demandante, y no puede ser declarado nulo ni quedar afectado por la declaración de nulidad de un acto extraño jurídicamente al mismo".

Se lee en el fallo acusado:

"Indudablemente la transacción es una forma contractual y no cabe duda que la escritura número 73 tuvo por objeto poner término a un litigio: el juicio por separación de bienes propuesto por la señora Mejía, mediante un contrato de esta naturaleza.

"La circunstancia de que se haya hecho referencia al artículo de carácter transitorio marcado con el número 7º de la citada Ley 28, no le quita realidad a la mencionada transacción, aun cuando como lo dice el Juez era inoperante esa disposición que se refiere a la liquidación de las sociedades conyugales existentes al tiempo de entrar a regir el nuevo estatuto matrimonial, época en la cual no existían bienes sociales ni particulares de ninguno de los cónyuges.

"Para el Tribunal no cabe duda de que existe la transacción entre los cónyuges con miras a poner término a una situación contenciosa entre

ellos, pero ocurre que en la citada escritura se dá cuenta de la existencia de bienes inmuebles adquiridos después de la vigencia de la Ley 28, y entonces cabe pensar si por esta circunstancia el contrato de transacción es nulo por aplicación del citado artículo 3º de la Ley 28 de 1932, no obstante que el mencionado instrumento también relaciona bienes muebles valiosos en la misma situación; o si la nulidad sólo afecta en lo que atañe a los bienes inmuebles, quedando subsistente para los bienes muebles.

"Si se adopta la primera tesis, las conclusiones serían las mismas a que llegó el Juez en su fallo, aunque por distintas razones. En el segundo caso, la nulidad no afectaría el reconocimiento del derecho del cónyuge sobre los ganados y otros bienes muebles, ni el reconocimiento del crédito a favor de la esposa que allí se contemplan.

"Claro está que en ninguno de los dos casos pierde la esposa el derecho a la liquidación patrimonial definitiva de la sociedad conyugal conforme al estatuto matrimonial, cuando ocurran los hechos que las autorizan, porque la Ley 28, aunque confusa no abolió el sistema legal societario entre cónyuges.

"Considerando las posiciones antes mencionadas, la Sala ha llegado a la conclusión de que no es posible dividir la continencia del contrato de transacción y que por lo tanto es nulo en su totalidad, con todos sus efectos, por cuanto contiene estipulaciones entre cónyuges no divorciados con relación a bienes raíces.

"Habrá por consiguiente el Tribunal de modificar el fallo recurrido con el objeto de restituir las cosas al estado que tenían antes de la transacción consignada en la escritura 73 de 19 de mayo de 1951 y del desistimiento hecho por la demanda (sic) del juicio de separación de bienes incoado por ella, el cual seguirá su curso y tendrá las garantías y seguridades preventivas constituídas en el curso del mismo".

Se considera:

Infiere el Tribunal, sin abrigar duda, que la escritura 73 de la Notaría de Segovia tuvo por objeto poner término al litigio sobre separación de bienes entre los cónyuges, mediante un contrato de transacción. No hace otra cosa el sentenciador que discernir, en el ámbito de las causas finales, el motivo concreto que llevó a las partes a otorgar ante el Notario de Segovia aquella escritura pública. Su juicio al respecto, por cuanto no contraría la evidencia procesal, ni está en pugna con las leyes de la naturaleza o con los elementales dictados del sentido común, es intocable en casación ante la Corte, tanto más cuanto que en realidad no se aparta para nada de lo razonable en la calificación de las materias **sub judice**, según viene expuesto en el estudio del cargo anterior.

No es la escritura pública 73 un acto aislado, sino que está en función del juicio propuesto por Adelina contra su marido. De manera que si por ministerio de la justicia se buscaba liquidar la sociedad conyugal mediante separación de bienes, concierta con este propósito el fin que pretendía alcanzar la liquidación provisional, pactada inválidamente. Y se corrobora por el desistimiento, que es nítido en su significado concreto y expreso, de obedecer a que entre la demandante y el demandado "hubo una partición y liquidación de la sociedad conyugal existente entre ellos, ya formalizada por escritura pública".

El examen de los fines de la contratación borra cualquier equívoco que pudiera presentarse en cuanto por las partes se dice en la escritura 73, que la extienden "para dar cumplimiento al contrato de transacción celebrado en la ciudad de Medellín el 19 de abril de 1951". Es lo natural que para zanjar el litigio hallaran los cónyuges alguna fórmula de acuerdo, que fue sin duda el pacto de 19 de abril de 1951, ajustado en Medellín, para que se elevara a escritura pública, como se elevó un mes más tarde en la Notaría Segunda de Segovia, bajo el número 73.

No prospera la acusación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín proferida el 25 de noviembre de 1954.

No aparece que se hayan causado costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Manuel Barrera Parra. — José J. Gómez R. José Hernández Arbeláez — Julio Pardo Dávila. Ernesto Melendro Lugo, Srio.

OPOSICION A LA LINEA DIVISORIA FIJADA ENTRE DOS PREDIOS POR EL JUEZ EN JUICIO ESPECIAL DE DESLINDE

1.—En los juicios que tienem por objeto determinar la línea divisoria entre dos predios, el juez debe resolver necesariamente cuál es esa línea, teniendo em cuemta las pruebas aducidas al debate y los hechos que él mismo haya observado en la diligencia de inspección ocular; el opositor a la línea trazada por el juez tiene la obligación de demostrar satisfactoriamente que la línea que él pretende es la verdadera y si no existe esa demostración, el juez goza de un poder discrecional suficiemte para señalarla de acuerdo com su propio criterio y em armonía com lo observado personalmente por él sobre el terreno mismo, teniemdo em cuenta además todos los elementos de juicio de que pueda disponer y que considere suficientes para la determinación de la línea divisoria.

2.—La Corte ha dicho que "la cuestión de deslinde es cuestión de hecho, y la Corte de casación tiene el deber imprescindible de mantener el señalamiento de los linderos declarados por el Tribunal, mientras no resulte un error evidente em la apreciación de las pruebas en que se funda tal señalamiento".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre veintisiete de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila)

Ante el juez 3º del circuito en lo civil de Manizales, el señor Mariano Zuluaga inició demanda de deslinde y amojonamiento contra María de Jesús Quintero de Tamayo y Alfonso Quintero Osorio, para que el juez, en asocio de peritos fije la línea limítrofe de los predios de que son propietarios, por una parte Mariano Zuluaga, y por otra los citados Quintero Osorio y Quintero de Tamayo, en la parte en que afirma el actor existen diferencias de linderos; esta diferencia la localiza el demandante Zuluaga en la parte donde dice la escritura del mismo: "...de aquí en línea recta, a un mojón de piedra colocado en la raíz de un nogal cubierto de bejucos; línea al borde del barranco, a orillas de la quebrada de 'Aguabonita', siguiendo la misma dirección hasta una peña, en lindero con Pantaleón Castrillón; siguiendo esta línea, primero, y luégo el de Rafael Castrillón, de unos Quinteros y de Pedro Ossa. ...."

Los demandados no se opusieron a que por el juez se fije la línea divisoria entre los predios de las dos partes.

Este juicio especial se tramitó según las disposiciones contenidas en el Título XXVI del libro segundo del Código Judicial, y el juez del conocimiento en la diligencia de apeo que tuvo lugar el diez de noviembre de mil novecientos cincuenta, fijó la línea divisoria entre el predio de Mariano Zuluaga y el de Alfonso Quintero Osorio y de María de Jesús Quintero de Tamayo.

En el acto de la diligencia las dos partes manifestaron que se oponían a la línea trazada por el juez; por ese motivo y en armonía con el artículo 870 del Código Judicial, el funcionario del conocimiento ordenó a las partes "presentar sus demandas de formalización a la oposición las que, como ya se dijo, se seguirán acumuladas. Para ello dispone del término de diez días", para debatir el punto en juicio ordinario.

En la demanda que presentó Mariano Zuluaga pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. — Que la línea divisoria que se fijó en la diligencia de deslinde practicada el 10 de noviembre pasado, no es la que separa las fincas del señor Mariano Zuluaga y de los señores doctor Alfonso Quintero Osorio y María de Jesús Quintero de Tamayo, relacionadas en los hechos 2º y 3º de esta demanda.

"Segunda.—Que como consecuencia de la declaratoria anterior, la verdadera línea divisoria de las citadas fincas, es la siguiente: 'del punto, lindero con un Henao, lindes con éste, de travesía, hasta el mojón de piedra en una vaga; por éste abajo al amagamiento mayor; de aquí en línea recta, a un mojón de piedra colocado en la raíz de un nogal cubierto de bejucos; línea recta, al borde de un barranco, a la quebrada de

'Aguabonita'; siguiendo la misma dirección, hasta una peña, lindero de Pantaleón Castrillón; siguiendo este lindero primero y luégo el de Rafael Castrillón y de unos Quinteros y Pedro Ossa hasta la quebrada de 'Aguabonita'.

"Tercera.—Que en el caso de que se opongan, los demandados sean condenados en costas.

"En subsidio de la declaratoria segunda, pido se haga ésta: **Segunda.**—Que como consecuencia de la declaratoria anterior —la primera— la verdadera línea divisoria de las citadas fincas, es la que dentro de este juicio se compruebe".

Alfonso Quintero Osorio y María de Jesús Quintero de Tamayo, pidieron en su demanda:

"a) Que la línea fijada por el juzgado en las diligencias del 10 de este mes, para separar los predios del señor Mariano Zuluaga Z. con el de la señora María Jesús Quintero de Tamayo y el suscrito, no es la verdadera línea divisoria de ambos predios.

"b) Que la línea divisoria de los predios citados, en la parte que colindan, debe pasar por el nogal existente en el filo y el cual es el árbol en donde se clavó el alambrado nuevo, o en su defecto, debe ser una línea recta que partiendo del desemboque de la vaga en el amagamiento mayor, lindero de los predios del actor, demandados y Filiberto Carvajal, vaya a morir a la peña, lindero con herederos de Pantaleón Castrillón, teniendo en cuenta los otros colindantes de Rafael Castrillón, Ossa y Quinteros de que hablan los títulos del actor.

"c) Que el fallo respectivo debe ser inscrito en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de este circuito".

Las partes contestaron las respectivas demandas y en cuanto a los hechos, aceptaron unos y negaron otros: Mariano Zuluaga propuso las excepciones de "carencia de acción", "inexistencia de la obligación que se demanda" y la fundada en el artículo 329 del Código Judicial.

La primera instancia del juicio terminó con la sentencia dictada por el juez tercero en lo civil del circuito de Manizales el día cuatro de octubre de mil novecientos cincuenta y dos, que en la parte resolutiva dice:

"1º—No fue probada la oposición que, a la línea trazada por este juzgado en la diligencia de deslinde practicada el día diez de noviembre de mil novecientos cincuenta, en el juicio especial seguido por don Mariano Zuluaga contra el doctor Alfonso Quintero Osorio, y María Jesús Quintero de Tamayo, formularon ambas partes.

"2º—En consecuencia, no se hacen las declaraciones pedidas por demandante y demandados en sus escritos de demanda, fechados el seis y el once de diciembre de mil novecientos cincuenta y veintinueve de noviembre del mismo año, respectivamente, mediante los cuales formalizaron la oposición anotada en el numeral anterior.

"3º—Se declara en firme la línea fijada por el juzgado el día diez de noviembre de mil novecientos cincuenta, como lindero de las propiedades de demandante y demandados, o sea la siguiente: 'De un mojón de piedra que se clavó al terminar la vaga donde confluyen los linderos de demandante, demandados y el doctor Filiberto Carvajal, línea recta a un mojón de piedra que se colocó al pie de un balso, al lado izquierdo o parte norte de éste, junto a un amagamiento; de aquí línea recta cruzando un arroyo a un mojón de piedra que se clavó en la orilla del cafetal; de aquí en línea recta y subiendo a un vainillo (árbol), de aquí línea recta subiendo a un árbol de mestizo; de aquí línea recta subiendo a un vainillo (árbol) a cuyo lado norte y en su raíz se colocó un mojón de piedra; de aquí línea recta y subiendo a otro vainillo (árbol) a cuya raíz y lado norte se colocó un mojón de piedra; de aquí línea recta subiendo a un guamo (árbol) en cuya raíz se colocó un mojón de piedra; de aquí, línea recta subiendo unos metros y bajando luégo a un nogal en horqueta desde la raíz; de aquí línea recta bajando a un mojón de piedra colocado a la margen izquierda de la quebrada de Aguabonita; de aquí, en línea recta a otro mojón de piedra colocado en la margen derecha de la misma quebrada; de aquí en línea recta a un mojón de piedra que se colocó al pie de un naranjo que se encuentra junto a la peña, lindero de herederos de Pantaleón Castrillón'.

"4º—Inscríbase este fallo en el libro de registro número 1º, y cancélese la inscripción de la demanda.

"5º—Sin costas para ninguna de las partes".

Ninguna de las partes se conformó con este fallo del juez, e interpusieron el recurso de apelación, que les fue concedido y en tal virtud los autos subieron al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

Tanto en la primera como en la segunda instancia, las partes hicieron uso del derecho a pedir pruebas y fueron muy copiosas las que se presentaron al proceso.

El Tribunal desató la litis en sentencia de fecha trece de agosto de mil novecientos cincuenta

y cuatro; revocó la de primera instancia y en su lugar falló:

"1º—No se hacen las declaraciones pedidas por el apoderado del señor Mariano Zuluaga, de una parte, y por el doctor Alfonso Quintero Osorio, de la otra, en sus escritos de demanda fechados el seis y once de diciembre de mil novecientos cincuenta y el veintinueve de noviembre del mismo año, respectivamente, mediante los cuales formalizaron las oposiciones al deslinde practicado el diez de noviembre de mil novecientos cincuenta.

"2º—Corrígese la línea divisoria trazada por el juzgado del conocimiento en la fecha últimamente indicada, línea que en definitiva quedará así: 'Partiendo del desemboque de la vaga en el amagamiento, desemboque que se halla a catorce metros al occidente del mojón fijado por el juzgado, se traza una línea recta que debe pasar por el nogal marcado en el plano con la letra C. y termina en el nogal con horqueta a que se refiere la diligencia de deslinde y que está marcado en el plano con la letra H. Dicha línea tiene una longitud de doscientos cinco metros (205 mts.) y un rumbo magnético aproximado de N. 67º 30' E. (Norte 67 grados treinta minutos Este). De donde finaliza la línea anterior se trazará una segunda línea recta que irá a morir en la peña, lindero con herederos de Pantaleón Castrillón, a diez y ocho metros hacia abajo del lindero con Cenón Gil, hoy Rodrigo Villegas, marcado tal lindero con Gil o Villegas en el plano de los peritos con la letra L. Esta segunda línea recta tiene una longitud de ciento setenta y siete metros (177 (mts.) y un rumbo magnético aproximado de Nº 43º 00' E. (Norte cuarenta y tres grados, 00 minutos Este). Entre las dos líneas rectas mencionadas se forma en el punto H. un ángulo de 155º 30' (ciento cincuenta y cinco grados treinta minutos)'.

"3º—Inscríbase este fallo en el libro de Registro número 1º y cancélese la inscripción de la demanda.

"4º—Sin costas".

El demandante Zuluaga interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, y procede la Corte a resolverlo, pues están cumplidos los trámites propios del recurso.

La sentencia acusada

Hace el Tribunal una síntesis de los antecedentes de este litigio, en particular del juicio especial de deslinde iniciado por Mariano Zuluaga, que terminó con la diligencia de apeo en la cual el juez trazó la línea divisoria entre las dos propiedades, y sobre la que versa el juicio ordinario y agrega el sentenciador, en la segunda instancia:

"Constituye ya un lugar común la afirmación de que el objeto del juicio ordinario que surge de la oposición a la línea divisoria de dos propiedades trazadas por el juez, se circunscribe precisamente a la ratificación o a la rectificación del deslinde practicado.

"Así, en sentencia de 30 de julio de 1943, dijo a este respecto la Corte Suprema de Justicia:

'En los juicios ordinarios que se inician como consecuencia de la oposición a toda o parte de la línea o líneas divisorias fijadas por el juez que conoce del deslinde, no puede contemplarse otro extremo ni fallarse otra cuestión sino la relacionada con la fijación que hizo el juez, para estudiar y resolver si ella se ajusta o no a las pruebas presentadas por las partes. Cualquiera otra cuestión es extraña al juicio y no puede ser decidida dentro de él'. (GACETA JUDICIAL, número 1998, pág. 608).

"La sentencia apelada se ajusta en un todo a este principio, ya que en ella el juzgado se limitó a confirmar o ratificar la línea trazada por él mismo en la diligencia de deslinde y a negar en consecuencia las peticiones de las partes, tendientes a obtener la variación de esa línea.

"La crítica principal que se le ha hecho al deslinde se funda en el hecho de que la línea fijada por el juez es el resultado de las apreciaciones personales de éste y consignadas en el acta de la diligencia, las cuales no interpretan fielmente los títulos de dominio exhibidos por las partes ni las otras pruebas que fueron aportadas al debate.

"Es verdad que aquel funcionario dejó constancia de todas las circunstancias observadas por él y relativas al punto central de la controversia, el cual consiste en el desacuerdo de los colindantes sobre el verdadero 'nogal cubierto de bejucos' que ha de servir de mojón principal en el curso de la línea divisoria. Y fueron precisamente tales observaciones personales las que indujeron al juez a fijar los límites de las dos fincas en la forma como lo hizo, ya que resultó imposible la identificación exacta del mencionado nogal con bejucos, porque los peritos que concurrieron a la diligencia resultaron en total desacuerdo sobre este punto, y los testigos que presentó el doctor Quintero Osorio tampoco rindieron sus declaraciones en forma que pudieran ser

apreciadas como plena prueba sobre la verdadera ubicación de dicho árbol.....

"Mas debe observarse que ante la imposibilidad de señalar con toda certidumbre el nogal de que hablan los títulos de ambas partes y ante la imperiosa necesidad de fijar la línea divisoria, no le quedaba al juzgado otro camino que el de echar mano de sus propias apreciaciones resultantes de la inspección ocular, pues no tenía otros elementos de juicio distintos de los títulos de propiedad exhibidos por los colindantes.

"Por lo demás, tal procedimiento es el más indicado en esta clase de juicios, en los cuales, como lo ha dicho la Corte, el juez no está sometido a la fijación de la línea que señale el demandante ni tampoco a la que pretenda el demandado, sino que puede, de acuerdo con las pruebas aducidas, fijar otra distinta, con libre facultad de apreciación'. (GACETA JUDICIAL número 1937, pág. 658).

"Por ello, según lo expuso en otra oportunidad la Corte, 'en los pleitos de deslinde, precisamente por la incertidumbre de los límites, se deja al juez que los investigue, los compruebe y los señale', (GACETA JUDICIAL número 2001, pág. 214). Y no podría ser de otra manera, ya que el artículo 869 del Código Judicial autoriza al juez para señalar los linderos y hacer poner los mojones necesarios, una vez que se haya impuesto de los documentos presentados por las partes y después de oído el dictamen pericial.

"Ahora bien, si las apreciaciones del juzgado fueron equivocadas y en consecuencia la línea que él trazó no es la que en realidad deba separar las dos fincas, es precisamente lo que constituye el objeto de este juicio ordinario en que se convirtió el especial de deslinde como resultado de las oposiciones.

"Debe buscarse pues la justificación de éstas en las pruebas aportadas por ambas partes en la primera y en la segunda instancia, tarea la cual procede ahora esta Sala. Porque aunque es verdad, según lo ha sostenido la jurisprudencia, que en caso de oposición al deslinde el opositor no está obligado a precisar en la demanda cuál es la línea que pretende, no es menos cierto que si está obligado a justificar dicha línea plenamente en el juicio ordinario que surge en la oposición.

"Conviene anotar una vez más que el punto central de la controversia en el presente juicio es el de la ubicación exacta del llamado **'nogal cubierto de bejucos'**, que se menciona en casi todas las escrituras presentadas por ambas partes como uno de los mojones básicos de sus respectivas propiedades. Así se hace constar también en la sentencia apelada, donde dice el señor juez: 'La discusión exacta que existe entre las partes radica sobre el punto de referencia 'Nogal cubierto de bejucos', al pie del cual —según los títulos— se encuentra un mojón de piedra. Es ésta, además, una observación que comparten también los litigantes, pues el apoderado del señor Mariano Zuluaga, en su alegato ante el el Tribunal afirma que el punto neurálgico del debate radica en que el límite o lindero con la propiedad de los demandados, debe partir del mojón de piedra que está en la raíz de un nogal cubierto de bejucos...'; y que el doctor Quintero Osorio manifiesta en su alegato final que: 'el punto neurálgico del debate ha sido la localización del nogal cubierto de bejucos, de que hablan los títulos, árbol por donde debe pasar la línea divisoria de los predios, porque determinado el árbol o el punto donde existió, es fácil trazar las líneas que van al desemboque de la vaga en el amagamiento y a la peña, en lindero con Castrillón, puntos suficientemente reconocidos por las partes".

Analiza detenidamente el Tribunal las pruebas que se produjeron en la primera instancia, y se refiere a la copia de una sentencia dictada en un juicio de policía que Mariano Zuluaga instauró contra los demandados en el juicio ordinario, así como a las declaraciones rendidas por los testigos Carlos Alvarez, Luis Alfredo Quintero y Julio C. Isaza, y también a la diligencia de inspección ocular con intervención de peritos, pedida por Mariano Zuluaga, a fin de que entre otras cosas éstos 'identifiquen el nogal el cual es un mojón fundamental ya que de este árbol parten las dos rectas claramente especificadas en los títulos de mi poderdante'.

En cuanto hace a la sentencia dictada en la querella de policía, dice el Tribunal que "se advierte que su aducción al juicio parece tener la finalidad de que se estimen como prueba las declaraciones de testigos recibidas en la diligencia de inspección ocular dentro de la cual se pronunció el citado fallo. Pero es obvio que tal pretensión es inadmisible, en atención a lo que dispone el artículo 963 del Código Judicial, ya que aquellos testimonios no fueron ratificados".

En relación con las declaraciones de los testigos Alvarez, Quintero e Isaza, las analiza una por una y concluye el sentenciador:

"Bien se comprende que esta prueba testimonial es inoperante, no sólo porque los testigos se abstienen de dar una explicación completa de sus afirmaciones y porque entre ellos hay discrepan-

cias fundamentales, sino también porque ninguna luz trae al debate la aseveración de que el nogal que se cita en el título de Zuluaga está en el último filo del cafetal viejo de la finca.

"En el acta de la diligencia de inspección ocular practicada el 23 de abril de 1951, dice la sentencia, se dejó la expresa constancia de que 'para el juzgado y los peritos que intervinieron en la diligencia de deslinde fue imposible identificar el nogal con bejucos de que hablan las escrituras, pues se trata de un terreno donde abundan cepas y árboles en pie de esta denominación y sería a todas luces arbitrario escoger uno de ellos sin que medie una identificación precisa e inequívoca.

"Los peritos que actuaron en dicha diligencia, señores Clímaco Angel Mejía y Enrique Arango E., estuvieron en completo desacuerdo y rindieron dictámenes contradictorios entre sí, dejando la impresión de que cada uno de ellos trató de favorecer con sus conceptos a la parte de quien obtuvo el respectivo nombramiento.....

"Como perito tercero actuó el señor Alfonso Betancourt, pero éste no aceptó el dictamen de ninguno de los peritos principales ni aceptó tampoco el deslinde del juzgado, sino que procedió a indicar una cuarta línea divisoria (folios 24 a 25 ibidem), con lo cual la prueba pericial de la primera instancia resultó baldía, porque es el dictamen uniforme de dos peritos el que puede llegar a constituir plena prueba, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 722 del Código Judicial.

"En estas condiciones, es obvio que al juzgado no le quedaba otro camino que el de confirmar o ratificar (sic) la línea señalada por él en la diligencia de deslinde, pues ya se dijo al principio que el opositor en esta clase de juicios debe probar, de manera irrefragable, que el juez incurrió en error por no ser la fijada por ésta otra distinta la línea que determina el contenido especial de los respectivos predios".

Viene en seguida el examen que hace el sentenciador de las pruebas presentadas por las partes en la segunda instancia, y principia por las que adujo el doctor Quintero Osorio; dice la sentencia:

"A solicitud del doctor Quintero Osorio declararon los señores Alfredo Iglesias, Juan Londoño, Roberto A. Martínez, Valentín Agudelo, Rubén López y Neftalí Ruiz. Con estos testimonios trató de probar aquél que, junto con la señora María Jesús Quintero de Tamayo ha tenido la posesión material del lote de terreno hasta el alambrado que ellos extendieron para separar los predios de las partes. Efectivamente, todos los testigos dieron cuenta de actos indicativos de posesión realizados por los demandados dentro del lote de terreno a que se refiere el demandado.

"Sin embargo, este hecho no puede estimarse ahora como favorable a las pretensiones de los señores Quintero Osorio y Quintero de Tamayo, porque, conforme a la jurisprudencia nacional, en el juicio especial de deslinde, aunque se convierta en ordinario por la oposición a la línea trazada, no puede controvertirse la propiedad del terreno ni el hecho de la posesión sobre el mismo para ampliar o restringir los límites de la heredad". (GACETA JUDICIAL número 1981, pág. 862).

"Distinto sería si la parte demandada hubiera alegado la prescripción adquisitiva del lote en cuestión, pues el (sic) tal caso sí habría sido preciso entrar a valorar las pruebas relacionadas con tal prescripción, ya que ésta, de resultar demostrada, constituiría un hecho capaz de alterar los títulos del demandante. Pero en el presente caso los demandados ni siquiera tienen la intención de alegar la posesión con **animus usucapiendi**, sino como un indicio favorable a sus pretensiones sobre la línea de separación entre su predio y el del señor Mariano Zuluaga.

"Muy claro es a este respecto el siguiente pasaje de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia: 'Cuando la posesión se alega como dominio, por haber sido suficiente para consumar la prescripción ordinaria o extraordinaria, nada impide que así se haga valer dentro del juicio ordinario de oposición, porque entonces la posesión es base del dominio y no indicial del contenido especial de los títulos, y entonces implica un hecho que va contra los títulos del adversario y que modifica el contenido marcado por los de éste; pero es necesario que se alegue con tal efecto e intención jurídica como motivo de oposición al deslinde'. (GACETA JUDICIAL número 1924, pág. 124).

"También declaró a petición del doctor Quintero Osorio el señor Luis Carlos Osorio, quien dice que como toda la vida ha oído nombrar el nogal con bejucos como lindero de los predios, puede afirmar que el alambrado fue puesto sobre la línea divisoria de ellos; pero que no le consta si el alambrado está sobre la real línea divisoria. Poca fuerza de convicción tiene este testimonio, porque el declarante ni siquiera afirma haber conocido de tiempo atrás el nogal con bejucos, sino que lo oyó nombrar como lindero

de los predios... Igual crítica merece la declaración del señor Honorio Cifuentes, pues éste es también vago e impreciso en sus afirmaciones, las cuales, por otra parte, sólo se fundan en referencias o en palabras que dice haberle oído pronunciar a don Mariano Zuluaga. Basta este motivo para desestimar dicho testimonio, en atención a lo dispuesto por el artículo 698 del Código Judicial".

Asímismo, y con el debido cuidado, hace el Tribunal un examen de las pruebas que presentó en la segunda instancia el actor Mariano Zuluaga, y que son: copia del acta de una inspección ocular con intervención de peritos, practicada por la inspección cuarta municipal de Manizales; declaración de Filiberto Carvajal; hijuela de adjudicación a María Antonia Zuluaga y otros en el juicio de sucesión de Edmundo Zuluaga; e inspección ocular con intervención de peritos, practicada por el Tribunal el 8 de mayo de 1953.

Desecha el Tribunal las declaraciones, que no concepto pericial, de Alfredo y de José Quintero, pues éstos se limitaron a narrar una serie de hechos que dicen haber presenciado como trabajadores en las fincas pero que no sirven para fundamentar un concepto de peritos, ni deben tenerse en cuenta como declaraciones de testigos, pues fueron producidas en un juicio distinto, entre distintas partes, y no fueron ratificadas en el presente litigio; la declaración de Filiberto Carvajal "es a todas luces inconducente, porque no se refiere para nada a la controversia que se agita en este pleito. La hijuela de que se habló antes contiene los linderos de lo adjudicado a los expresados señores. Allí se dice que a éstos les corresponde un lote de terreno que va desde 'un mojón de piedra colocado en la raíz de un chamizo en el filo principal del terreno, filo abajo hasta el mojón situado en la raíz del nogal, lindero del lote adjudicado a la viuda y a la menor María Josefa...'. De este título, así como de muchos otros que obran en el juicio, apenas podría deducirse, como se verá más adelante, que el tan discutido nogal necesariamente debe o debió estar situado en el filo principal de la finca que fue del causante señor Edmundo Zuluaga".

Entra en seguida el Tribunal en la consideración de la diligencia de inspección ocular que practicó la Sala falladora, y se expresa así:

"En el acta de inspección ocular que practicó el Tribunal, se leen las siguientes constancias:

"...El Tribunal deja constancia de haber observado —especialmente— los siguientes nogales: **primero**, el mencionado en el numeral 6º del punto 4º del memorial de pruebas suscrito por el doctor Alfonso Quintero Osorio el 15 de diciembre de 1952, en donde está clavado el alambrado que éste pretende como línea divisoria entre los predios de las partes; **segundo**, un nogal que fue mostrado personalmente por el señor Mariano Zuluaga afirmando que era el nogal con bejucos de que hablan varios de los títulos obrantes en el expediente. Este nogal está al lado derecho del filo principal, subiendo, como a una cuadra de éste y a bastante distancia del primer nogal; y, **tercero**, el nogal en horqueta especificado en la línea divisoria trazada por el señor juez 3º civil del circuito, situado al lado izquierdo del filo principal y a pocos metros de éste.....

"Tanto el juzgado en la sentencia apelada, como los peritos doctores Giraldo y Gónima, expresan ampliamente las razones por las cuales estiman que el nogal mencionado en los distintos títulos debe buscarse en el filo principal.

"...Los peritos expresan así las mismas ideas: 'En nuestro concepto el nogal con bejucos de que hablan varios títulos debe de estar situado en el **filo principal** del terreno, pues a esta conclusión se llega por la única razón de que los linderos que describen los títulos relacionados en la pregunta, así lo dan a entender. En efecto: 1º, la escritura número 1075 de 8 de noviembre de 1924, dice: 'De un mojón de piedra colocado en la raíz de un chamizo en el filo principal del terreno, filo abajo hasta el mojón situado en la raíz del nogal lindero del lote adjudicado... 2º, el certificado del registrador, del folio veinte vuelto, del cuaderno principal, se lee que la escritura número 1876, del 8 de octubre de 1948, fija los linderos así: 'De un mojón de piedra colocado en la raíz de un chamizo en el filo principal del terreno, filo abajo hasta un mojón situado en la raíz de un nogal, lindero con... 3º, en la escritura número 297 de 19 de mayo de 1932, se lee: 'Del mojón de piedra a la raíz del chamizo en el filo principal, filo arriba... hasta el mojón de piedra en la raíz del nogal con bejucos y filo arriba hasta el mojón de piedra situado en la raíz del chamizo, punto de partida. 4º, en el certificado del notario primero de Manizales, folio 28 del cuaderno principal, encontramos que la escritura número 257 de 3 de marzo de 1919, fija los linderos así: 'Del mojón de piedra en la raíz del chamizo en el filo principal, filo arriba... hasta el mojón de piedra en la raíz del nogal con bejucos, y filo arriba hasta el mojón situado

en la raíz del chamizo (folios 14 vuelto, cuaderno número 10)'.

"El Tribunal no encuentra motivo para desatender las anteriores razones expuestas por el juzgado y por los peritos, ya que ellas están ceñidas a la más estricta lógica en la interpretación de los títulos exhibidos por las partes, y porque la simple lectura de éstos conduce a la conclusión de que en verdad el nogal mencionado en casi todas las escrituras debe hallarse o debió existir en el filo principal de la finca que fue del Sr. Edmundo Zuluaga. El amplio dictamen de los peritos termina con la fijación de la línea que estiman ser el verdadero límite entre los predios de los litigantes, y lo hacen en los siguientes términos: 'En nuestro concepto, teniendo en cuenta el largo estudio hecho sobre el terreno, y, además, las diversas pruebas y títulos allegados al expediente, conceptuamos que la línea de separación entre los predios del demandante y del demandado, es la siguiente:...' y agrega el Tribunal: 'Esta nueva línea tiene, en concepto del Tribunal, la ventaja de ser la única que corresponde a un perfecto acuerdo entre los peritos que concurrieron a señalarla, así como la de haber sido trazada con el auxilio de los instrumentos de precisión que son indispensables en estos casos. Además, con ella se corrigen los defectos o errores en que incurrió el juzgado en la diligencia de deslinde por no haber tenido a su disposición tales instrumentos. Por estas razones y porque los fundamentos y explicaciones que dan los peritos se estiman como suficientes y acertados, el Tribunal habrá de acoger como definitiva la mencionada línea que, por otra parte, es muy semejante a la que señaló el juzgado".

La línea a que se refiere la demanda de casación es la que se dejó copiada al transcribir, al principio de este fallo, la parte resolutiva de la sentencia del Tribunal.

La demanda de casación

Se expresa así el recurrente:

"...Acuso la sentencia del Tribunal Superior de Manizales de 13 de agosto último, proferida en el juicio contradictorio al deslinde entre los señores Mariano Zuluaga y Alfonso Quintero y María Jesús Quintero de Tamayo, por errores de hecho en la apreciación de las pruebas y como consecuencia de éstos en la violación de la ley sustantiva. Quiere decir lo anterior que me apoyo para fundarla en el motivo primero del artículo 520 del Código Judicial.

"La línea que ha debido fijar el Tribunal, según los títulos, es una línea recta del amagamiento, mayor a un mojón de piedra colocado en la raíz de un nogal cubierto con bejucos, nogal que existía ya en 1917 cuando se formaron las hijuelas para la señora María Jesús Zuluaga y para el presbítero Alfonso Zuluaga y hermanos; y de aquí, del nogal con bejucos, una línea recta a orillas de la quebrada de Aguabonita.

"La línea que el Tribunal fijó fue la señalada por los peritos Luis Carlos Giraldo y Carlos Gónima Botero, y es la siguiente:.....

"La sentencia al fijar la línea anterior cometió un evidente error de hecho en la apreciación de las siguientes pruebas: los títulos presentados por las partes; las inspecciones oculares practicadas en el juicio y los dictámenes de peritos rendidos en ellas y en la objeción por un error grave en un dictamen pericial; las declaraciones de testigos", y termina así la extensa demanda de casación:

"A consecuencia de los errores de hecho que he señalado, el Tribunal violó la ley sustantiva en esta forma: aplicando indebidamente el artículo 22 del Código Judicial y dejando de aplicar el 723 de la misma obra, pues si los hubiera tenido en cuenta, habría apreciado el dictamen pericial sólo como un concepto vago, como una débil inferencia que se habría destruído con las otras pruebas y aún con el mismo dictamen de los peritos, para llegar a la conclusión de que el nogal por ellos fijado fue un absurdo; los artículos 696 y 697 del Código Judicial que dejó de aplicar, puesto que hay testigos que deponen uniformemente sobre el nogal que siendo más antiguo debía existir en 1917, y si el Tribunal consideraba que no había tal uniformidad, ha debido tener en cuenta el 696, sacando de las deposiciones de los testigos presunciones más o menos atendibles que unidas a otros elementos probatorios, como los mismos indicios que resultan de los dictámenes que actuaron en el juicio y que proporcionan la plena prueba sobre la existencia del nogal antiguo; si consideró que en las exposiciones de los testigos había contradicciones como parece darlo a entender el Tribunal, ha debido deducir de ellos las presunciones o indicios que allí se encuentran y aplicar así el artículo 702 del Código Judicial, que no tuvo en cuenta: el 594 del Código Judicial puesto que si consideraba como incompletas determinadas pruebas, el conjunto de éstas sí forman la plena prueba para deducir, sin duda, que el mojón señalado por Zuluaga y marcado con la letra P en el plano, es el que ha

debido tenerse como punto de referencia para trazar la línea. Y como consecuencia de todos estos errores de hecho, quedó violado el artículo 900 del Código Civil, por no haberse aplicado debidamente, ya que el derecho que este artículo establece, impone la obligación de fijar los linderos por donde en realidad sean y no arbitrariamente, como lo hizo el Tribunal al señalar punto de referencia un nogal que era imposible existiera en 1917; el artículo 603 del Código Judicial y el 1759 del Código Civil que dejó de aplicar, porque no relacionó el contenido de los títulos del actor Zuluaga con las otras pruebas del expediente y sólo se tuvieron en cuenta con el título de los demandados Quintero y sus causahabientes, desdeñando las otras pruebas".

Para llegar a estas conclusiones el recurrente afirma, en primer término, que el Tribunal ideó un nogal con bejucos distinto al que debía tenerse como punto de referencia y que existía en 1917, según lo deduce de los títulos presentados por el actor; critica el dictamen de los peritos que intervinieron en la inspección ocular practicada por el Tribunal, y dice que ellos "por sí y ante sí, sin argumento alguno, decidieron que el nogal que había de tener en cuenta es el que se encuentra en el filo mayor, cuando los títulos todos hablan de amagamiento; en los títulos no aparece que el nogal se encuentra en el filo, sino en un punto que parte del amagamiento a un nogal que sirvió en el año de 1917 para clavar allí un mojón. Y que los títulos se refieren a este nogal, no hay duda, pues el de Zuluaga es claro, ya que el de su antecesora doña María Jesús Zuluaga lo señala; y la escritura 1448, título de los demandados, al hablar del nogal, no lo colocan como punto de referencia como un nogal indeterminado, sino como uno determinado y conocido, y así dice 'hasta el mojón de piedra en la raíz del nogal con bejucos'. Si en los títulos no se habla de que en el filo se encuentra el nogal con bejucos, si éste existía ya en 1917 y los peritos vinieron a fijar como tal, uno que sólo tiene 10 años de existencia, el Tribunal se equivocó con los peritos".

La síntesis de los reparos que hace el recurrente a las apreciaciones que hizo el Tribunal en la sentencia, se encuentra en el siguiente aparte de la demanda de casación:

"El Tribunal no estudió a fondo los títulos presentados por Mariano Zuluaga junto con la demanda de deslinde y si se refiere a ellos en la sentencia, es apenas para desecharlos. Si los hubiera interpretado y los hubiera relacionado con las otras pruebas del expediente, y no sólo con el título de los demandados, no habría cometido el error de hecho de señalar un lindero equivocado y contra la realidad, consecuencia del error al estudiar los títulos.

"Si el nogal que señaló Mariano Zuluaga como el que sirvió de referencia al formar las hijuelas en la sucesión de Edmundo Zuluaga, es el único, entre todos, que tiene más de 40 años, es lógico concluir que éste y no los otros es el que sirve de referencia a la línea que parte del amagamiento mayor y a la que va hasta el borde del barranco de la quebrada de 'Aguabonita' ".

Hace a continuación una crítica sobre el dictamen de los peritos Giraldo y Gónima, para concluir que ellos se equivocaron cuando dijeron "que el mojón señalado por Mariano Zuluaga y marcado con la letra 'P' no es el nogal de la referencia porque está en una ladera y no en el filo principal. A lo que se puede responder, guiándonos por el plano de los peritos: este nogal está en la ladera del amagamiento mayor. Pero esté en una ladera o no, los peritos y el Tribunal con éstos han debido atenerse a la mayor edad del nogal, ya que es un imposible que un árbol que no existía en 1917, pudiera servir para una referencia dada en tal año".

Examen de los cargos

Se considera:

De las transcripciones que se han hecho de la demanda de casación, se desprende que el recurrente pretende demostrar que el Tribunal incurrió en errores de hecho evidentes en la apreciación de las pruebas y que por esos errores llegó a la conclusión de que la línea señalada por los peritos está equivocada y no es ella la que debía haberse trazado para deslindar los predios de las partes trabadas en litigio. Toda la argumentación de la demanda se encamina a atacar la estimación que hizo el Tribunal de las pruebas aportadas al debate y a pretender destruir hechos que fueron observados tanto por el juez de primera instancia como por el Tribunal y los peritos en la segunda, y a formular una serie de consideraciones sobre lo que el recurrente cree que ha debido hacer el Tribunal; observaciones y argumentos que convierten la demanda de casación en alegato de instancia.

La base principal de la demanda consiste en atacar el dictamen pericial ante el Tribunal, dictamen que fue uniforme y de tal suerte que el Tribunal lo analizó cuidadosamente y lo aceptó

sin reparos porque lo consideró debidamente fundamentado. Por otra parte el dictamen pericial fue puesto en conocimiento de las partes, en la debida oportunidad, y no fue objetado en forma alguna.

"En todos los casos, en efecto, en que legalmente es de recibo y procedencia la prueba pericial, las partes están obligadas a nombrar peritos imparciales, honorables y competentes para el asunto de que se trata. Para garantizar estas condiciones de eficacia y pureza probatoria concede la ley los medios apropiados y conducentes autorizando las tachas y recusaciones correspondientes y dando a las partes, y oficiosamente al juez, el derecho de pedir, dentro del término legal del traslado del dictamen, que los peritos lo expliquen, amplíen o aclaren cuando hay oscuridad o deficiencia en la exposición. No usadas estas facultades en relación con el experticio, y aprovechando éste por el sentenciador que lo halla suficientemente fundado y explicado, como fuente de convicción, no se puede demeritar la prueba en casación sino, como sucede con todos los demás medios probatorios, demostrando que su valor fue subestimado o sobreestimado con respecto a la tarifa legal, o que fue aceptado por el juez en contradicción con la verdad evidente que resulta de manifiesto en los autos... Por lo demás, si la sentencia del Tribunal, como se advirtió antes, tiene su apoyo no solamente en esta especie de prueba sino en otras cuya fe no se destruye en casación, el cargo es inválido". (GACETA JUDICIAL número 1981, pág. 864).

Además, del dictamen pericial, el Tribunal consideró, con la misma diligencia y cuidado, todas las pruebas que figuran en el expediente, y de ese examen no aparece por ninguna parte que el Tribunal hubiera incurrido en errores de hecho que aparezcan de modo manifiesto en los autos.

En los juicios que tienen por objeto determinar la línea divisoria entre dos predios, el juez debe resolver necesariamente cuál es esa línea, teniendo en cuenta las pruebas aducidas al debate y los hechos que el mismo haya observado en la diligencia de inspección ocular; el opositor a la línea trazada por el juez tiene la obligación de demostrar satisfactoriamente que la línea que él pretende es la verdadera y si no existe esa demostración, el juez goza de un poder discrecional suficiente para señalarla de acuerdo con su propio criterio y en armonía con lo observado personalmente por él sobre el terreno mismo, teniendo en cuenta además todos los elementos de juicio de que pueda disponer y que considere suficientes para la determinación de la línea divisoria.

La Corte ha dicho:

"La cuestión de deslinde es cuestión de hecho, y la Corte de Casación tiene el deber imprescindible de mantener el señalamiento de los linderos declarados por el Tribunal, mientras no resulte un error evidente en la apreciación de las pruebas en que se funda tal señalamiento. (GACETA JUDICIAL, Tomo XIV, pág. 384).

"Cuando la cuestión de hecho es dudosa, no puede existir la evidencia que requiere el error de hecho en la apreciación de las pruebas". (GACETA JUDICIAL, número 1981, pág. 864).

En el caso sub judice, como lo dice el juez de primer grado, el Tribunal y las mismas partes, el punto fundamental para señalar la línea divisoria radica en la determinación del "nogal cubierto de bejucos" a que aluden las diferentes escrituras que se trajeron al juicio.

Ahora bien, este "nogal cubierto de bejucos" no se logró determinar en forma precisa mediante prueba directa, y ninguna de las partes demostró que el referido nogal fuera el que cada una de ellas alega, de acuerdo con sus pretensiones.

En esta situación el sentenciador debía trazar la línea divisoria, es decir, determinar el hecho del deslinde, haciendo uso de su poder discrecional amoldado al estudio del material probatorio y de lo que él mismo observara en la inspección ocular. Este juicio del sentenciador sobre la cuestión de hecho es intocable por la Corte, porque si no fuera así y en la casación se pudiera entrar a desvirtuar las apreciaciones y determinaciones del Tribunal sentenciador, no contrarias a la evidencia, este recurso se convertiría en una tercera instancia, cosa inaceptable dada la naturaleza misma del recurso, en que se estudia si la sentencia está en pugna con la ley y si ella ha sido violada por el Tribunal.

En la sentencia acusada no aparece que el sentenciador hubiera violado ninguno de los preceptos que el recurrente cita en su demanda y sí está claro que las prescripciones legales pertinentes fueron aplicadas debidamente al caso del pleito.

Lo dicho es suficiente para rechazar los cargos.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en sala de casación civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, de fecha trece de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro, proferida en el jui-

cio ordinario de Mariano Zuluaga contra Alfonso Quintero Osorio y María Jesús Quintero de Tamayo.

Las costas del recurso son a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Manuel Barrera Parra — José J. Gómez R.— José Hernández Arbeláez — Julio Pardo Dávila.

Ernesto Melendro L., Srio.

LA CORTE SE PRONUNCIA SOBRE EL ALCANCE DEL MODO SUCESORIO POR CAUSA DE MUERTE, EL SENTIDO JURIDICO DE LA SENTENCIA DE ADJUDICACION EN JUICIO MORTUORIO Y DE LA INSCRIPCION DE TAL SENTENCIA EN EL REGISTRO PUBLICO, Y SOBRE LOS CARACTERES DE LA ACCION DE PERTENENCIA CONSAGRADA POR LA LEY 120 DE 1928, Y LA PETITORIA DE DOMINIO Y DE DIVISION DE LA LEY 51 DE 1943

1.—La propiedad de los bienes hereditarios se adquiere con base en un título —la ley o el testamento— mediante el modo que el artículo 673 del C. C. consagra y denomina "sucesión por causa de muerte". Esta es la forma jurídica por medio de la cual, la persona, con vocación hereditaria, adquiere los bienes del sujeto que fallece. Lo cual se debe tener presente al tratarse de fijar el sentido o efecto de la partición de la masa hereditaria, entre los sucesores y en relación con el DE CUJUS.

2.—La partición de la masa hereditaria tiene el efecto retroactivo señalado en los artículos 779 y 1401 del C. C. Este efecto consiste en que se tenga por efectuada, no en la fecha de su aprobación por el juez o de su verificación extrajudicial, sino el día de la delación de la herencia, que generalmente coincide con la de la muerte del causante, según los artículos 1012 y 1013 ib. Por tanto: primero, no hay descontinuidad entre la propiedad y la posesión del DE CUJUS y la propiedad y la posesión del heredero, ya que éste es el continuador de la persona de aquél; segundo, queda borrado jurídicamente el tiempo de comunidad o indivisión que realmente haya existido entre la muerte del causante y la partición de los bienes; y tercero, cada heredero se reputa no haber tenido jamás parte alguna en los bienes distribuídos a los demás copartícipes.

3.—Tal efecto retroactivo sitúa la adquisición de los bienes distribuídos, en la fecha de la muerte del causante, porque es la muerte el punto de partida de un modo de adquirir cuya finalidad es poner en cabeza del sobreviviente los bienes del sujeto fallecido. En consecuencia, es jurídicamente imposible que la partición, así retrotraída al día de la muerte, sea un acto que transfiera derechos o bienes entre los coherederos.

4.—El artículo 765, inciso 4º, del C. C. prescribe que pertenecen a la clase de títulos traslaticios "las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición". Este texto comprende todo acto de partición judicial o extrajudicial, cualquiera que sea el origen de la comunidad: legal o convencional; y cualquiera que sea la especie de comunidad: universal o singular. Respecto de todas ellas, dicho precepto señala a la partición, judicial o extrajudicial, el valor de título traslaticio de propiedad. Este valor no existe porque es incompatible con la naturaleza y funcionamiento del mencionado modo de adquirir y con el carácter retroactivo de la partición, ambos factores de prevaleciente influjo en la interpretación legal de la materia.

5.—La sentencia de adjudicación y la partición misma extrajudicial son simples títulos declarativos de ser titulares los herederos de los bienes distribuídos, desde la fecha de la muerte del causante, en virtud de la transmisión hereditaria y del efecto retroactivo expresado.

6.—Del DE CUJUS a los sucesores no se cumple ningún fenómeno traslaticio, porque, fuéra de la imposibilidad física y jurídica de que el difunto transfiera, la radicación de los bienes en cabeza del heredero se realiza mediante el modo específico de la sucesión por causa de muerte, desde el día del fallecimiento del antecesor. Por tanto, la inscripción en el Registro Público de la sentencia de adjudicación —y A FORTIORI del decreto de posesión efectiva de la herencia— carece de finalidad traslaticia, no cumple tradición alguna, ya que los bienes han sido adquiridos mediante la sucesión MORTIS CAUSA. Cumple, sí, otros fi-

nes, v. gr. cancelar las inscripciones del difunto con las nuevas a favor de los herederos, publicar la adquisición de los bienes con motivo de la muerte del causante.

7.—La prueba del dominio sobre los bienes adjudicados, como la prueba del dominio en general, es relativa. Puede bastar la hijuela, o requerir el complemento del título del causante: a) es suficiente la hijuela en litigios entre los mismos coherederos o copartícipes, o sus causahabientes; y b) lo es también en controversia con terceros en que se oponga a la hijuela un título posterior, o una posesión iniciada posteriormente a la adjudicación o partición, a menos que la posesión hubiese configurado el modo de la usucapión; mas, no así si el título que se le opone es anterior, caso en el cual es necesario aducir el título del causante, y aún otros, según el caso.

8.—La acción de pertenencia que consagra el artículo 2º de la ley 120 de 1928 es una especie del género de la acción petitoria que existe a favor de todo titular de derecho personal o real, pues comprende únicamente la propiedad adquirida por usucapión.

9.—La acción puede hacerse valer contra personas determinadas, según lo preceptúa el artículo 4º; o contra "todos los que se crean con algún derecho en el inmueble de que se trate", de acuerdo con el artículo 7º, inc. 1º; o contra personas determinadas y a la vez contra todo interesado, pues aunque la ley no prevé el caso, lo justifican la economía procesal y el interés de una sentencia con efectos ERGA OMNES.

10.—Cuando se ejerce contra personas determinadas se sigue un juicio ordinario (artículo 4º); cuando se introduce contra todo interesado, el procedimiento especial prescrito en los artículos 7º, 8º y 9º, sin perjuicio de convertirse en ordinario en caso de oposición del Ministerio Público o de un tercero; y cuando se hace valer contra personas determinadas y contra todo interesado, un juicio ordinario, siempre, haya o no oposición ulterior, por dirigirse contra aquéllas (a. 4º), y con la intervención ineludible del Ministerio Público y los emplazamientos ordenados en los artículos 7º y 8º, por dirigirse también contra los terceros en general (a. 7º, inc. 1º).

11.—Incoada contra personas determinadas, la sentencia produce efectos entre las partes, únicamente, de acuerdo con el estatuto general de la cosa juzgada (artículos 473 y 474, C. J.); propuesta contra todo el que tenga interés, o contra unos y otros, los genera absolutos, ERGA OMNES, en razón del sistema de los emplazamientos y de haber sido derogado el inciso 1º del artículo 12 de la ley 120 (artículo 7º, ley 51 de 1943), que limitaba los efectos de la cosa juzgada, aún en el caso de acción seguida contra todo el mundo por medio de los emplazamientos, a las partes que hubiesen intervenido en el juicio.

12.—La acción consagrada en los artículos 1º y 2º de la ley 51 de 1943, es también de pertenencia, por usucapión ordinaria o extraordinaria, y puede tener, además efectos divisorios. Mas, al paso que la acción de la ley 120 está establecida para los muebles e inmuebles, sobre los cuales no haya indivisión y a favor de todo poseedor que reúna las condiciones de la ley para prescribir, la de la ley 51 está instituída en favor de los comuneros exclusivamente y respecto de los bienes raíces que se hallen en comunidad, sea ésta universal o singular. (V. casación de 29 de noviembre de 1954, LXXIX, 155).

13.—La acción reconocida por los citados artículos 1º y 2º de la ley 51, puede ser ejercida contra los demás comuneros, o contra los demás comuneros y todo aquel que se crea con algún derecho en el fundo común.

14.—La acción contra los comuneros puede tener a la vez efectos divisorios: cuando se refiere a una parte del fundo común, ya que según el artículo 2º, inc. 1º, se presume que el lote de terreno poseído exclusivamente, equivale a la cuota del comunero. Pero, no tendrá efectos divisorios cuando se refiera a la totalidad del indiviso. La dirigida contra los condueños y los terceros en general, tendrá efectos divisorios respecto de los primeros, a menos que comprenda la totalidad del inmueble en comunidad.

15.—Como el artículo 3º de la ley 51 dispone que "la acción de prescripción a que esta ley se refiere, debe deducirse en juicio ordinario, siguiendo el procedimiento establecido en la ley 120 de 1928", las acciones expresadas se habrán de ejercer SIEMPRE en juicio ordinario, con la participación del Ministerio Público y los empla-

zamientos de los artículos 7° y 8° de dicha ley 120, sea que la acción se dirija contra los demás comuneros únicamente, o contra éstos y todo tercero interesado, y sean aquéllos ciertos y conocidos o inciertos y desconocidos.

16.— La acción de la ley 51, sea que se dirija contra los comuneros únicamente o contra éstos y todo tercero que pueda tener interés, produce efectos ERGA OMNES, ya que son forzosos los emplazamientos, la citación del Ministerio Público y también la inspección ocular que ordena el artículo 4°.

17.—Cabe agregar que el imperativo sistema de los emplazamientos —generalizado hoy en el mundo con los mismos objetivos— logra que la sentencia produzca efectos absolutos. Por esto ha visto la Corte en esta acción un consorcio necesario pasivo, al punto de que si no se cita a todos los comuneros, ya personalmente, o bien por el sistema expresado, el juez no puede pronunciarse en el fondo. (Casación de 29 de noviembre de 1954, LXXIX, 156).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil B).—Bogotá, octubre treinta y uno de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

Se decide sobre el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, dictada en el juicio de María Edelmira Tascón de Núñez contra Ramón Tascón, con fecha 8 de mayo de 1953.

CAPITULO PRIMERO

Los antecedentes

1.—En el juicio mortuorio de la señora María Reyes de Tascón, protocolizado en la Notaría 3ª del Circuito de Buga, por medio de la escritura pública número 153, de 17 de diciembre de 1925, les fue adjudicado, por terceras partes proindiviso, a las hijas legítimas de la causante, María Edelmira, María Carlina y María Leonor Tascón Reyes, un lote de terreno, de once plazas de extensión, "situado en el indiviso de Guabas, jurisdicción del Municipio de Guacarí y distinguido por los linderos siguientes: oriente, con propiedad de Nepomuceno Reyes, en parte y en otra con la de los herederos del señor Belisario Tascón; occidente, con propiedad del mismo demandado, señor Ramón Tascón; norte, carretera que de Ginebra conduce al Cerrito; y al sur, la quebrada de Paporrina en parte y parte la madrevieja de Paporrina".

2.—María Carlina y María Leonor Tascón Reyes vendieron sus cuotas en dicho inmueble a Ramón Tascón Núñez, según consta en la escritura pública número 185, de 16 de diciembre de 1926, otorgada en la Notaría mencionada.

3.—Afirmando el hecho de ser poseedor de la totalidad del inmueble referido Ramón Tascón Núñez, lo demandó María Edelmira Tascón el 10 de septiembre de 1949, ante el Juez Civil del Circuito de Buga, para que fuese condenado a restituir la tercera parte proindiviso que a la actora le había sido adjudicada en el expresado juicio de sucesión.

4.—El demandado aceptó el hecho de la adjudicación en el juicio mortuorio, a las hermanas Tascón Reyes, de la propiedad indivisa del fundo de que se trata; y el de la venta de las cuotas de María Carlina y María Leonor, al mismo Ramón Tascón Núñez. En cuanto a la posesión, negó que tuviese la de la tercera parte del lote de las once plazas correspondientes a la demandante, si bien, fuéra de una extensión que corresponde a las dos terceras partes de este fundo, posee más terreno, que no hace parte de esta finca, "ni tiene qué ver nada en absoluto con él".

5.—El Juez falló el juicio favorablemente a la demandante, con fecha 6 de mayo de 1952, así:

"Condénase al señor Ramón Tascón Núñez, mayor y vecino de Ginebra, a restituírle a la señora María Edelmira Tascón de Núñez, de iguales condiciones civiles, la tercera (3ª) parte proindiviso de un lote de terreno de once (11) plazas de extensión, situado en el indiviso de "Guabas", jurisdicción del Municipio de Ginebra (antes Guacarí) y distinguido con los siguientes linderos particulares: oriente, con propiedad de los herederos del señor Belisario Tascón; occidente, con propiedad del mismo demandado; norte, carretera que de Ginebra conduce al Cerrito; y sur, la quebrada de Paporrina en parte, y en parte, la madrevieja de Paporrina, como también a pagar los frutos civiles y naturales del mismo bien, producidos después de la notificación de la demanda, pago que se regulará conforme al artículo 553 del código judicial".

6.—Apelado el fallo, el Tribunal Superior de Buga lo revocó y absolvió al demandado, mediante sentencia de 8 de mayo de 1953. Recurrido en casación por la actora, la Corte pasa a re-

olver, cumplidos como se hallan los trámites egales.

CAPITULO SEGUNDO

La casación: causal y cargos

1.—Dos cargos se formulan a la sentencia con fundamento en la causal primera de casación.

1º—Error de hecho, por falta de apreciación de las escrituras públicas números 153, de 17 de diciembre de 1925, y 185, de 16 de diciembre de 1926, otorgadas ambas ante el Notario 3º del Circuito de Buga, e infracción indirecta de los artículos 765, inciso 4º, 949 y 1401 del C. C.

2º—Violación, por interpretación errónea, del artículo 7º de la ley 120 de 1928, "en relación con la ley 51 de 1943": error de derecho, por estimar la sentencia dictada en juicio de pertenencia seguido por Ramón Tascón Núñez, como juzgamiento definitivo que comprende a Edelmira Tascón Reyes, error que llevó al juzgador a infringir directamente el artículo 474 del C. J., y por aplicación indebida, los artículos 6º y 7º de la ley 120 de 1928, "en relación con el 3º de la ley 51 de 1943", y subsidiariamente, error de hecho, por la indebida apreciación que el sentenciador formuló del fallo de pertenencia, con el quebranto de las mismas disposiciones.

Cargo primero

1.—Lo sostiene así el recurrente:

"Una de las bases de la absolución del demandado es la tesis del Tribunal consistente en que para demostrar el derecho de dominio en un juicio reivindicatorio no basta la presentación de la hijuela debidamente registrada, sino que se requiere, además, acompañar el título del causante. El sentenciador añade que se decide por esta tesis de las dos que sobre el particular existen, siendo la otra la de que es suficiente título para acreditar el dominio sobre un bien la sola hijuela de adjudicación. En apoyo de la tesis que acoge cita sentencias de la Corte y al tratadista doctor Antonio Rocha. Más adelante resume su tesis pero advierte: 'Solamente que se trate de terceros que hayan derivado del mismo causante sus pretensiones, es posible aceptar como prueba del dominio la hijuela debidamente registrada'.

"De consiguiente, el Tribunal sí admite la probabilidad de reivindicar con una hijuela de adjudicación en el caso de que el título que se le enfrente sea otra hijuela formada en el juicio de sucesión del mismo causante.

"Que es precisamente el caso que se contempla en autos. Edelmira Tascón deriva su derecho de propiedad sobre la tercera parte del inmueble en reivindicación por adjudicación que se le hizo en la mortuoria de María Leonor Reyes de Tascón; y el demandado es dueño como cesionario de las otras dos adjudicatarias en la misma mortuoria".

"El error del Tribunal estriba en que no se fijó que la parte actora acompañó con la demanda la copia de la escritura número 153 de 17 de diciembre de 1925, otorgada en Buga, en que aparece la hijuela de adjudicación que se le hizo a Leonor, Carlina y Edelmira Tascón; y la escritura que el demandado acompañó con la contestación de la demanda, por medio de la cual le compró su derecho a las dos primeras comuneras".

2.—Dice el Tribunal de instancia:

"Dilucidado este aspecto de las críticas que hace al instrumento público presentado por la actora el señor apoderado del demandado, es preciso pronunciarse sobre la validez de una hijuela que se exhibe para acreditar el dominio sin complementarlo con el título del dominio del causante.

"Sobre la materia, como ya se dijo, existen dos criterios diferentes: que es suficiente título para acreditar el dominio la hijuela de adjudicación, tesis sostenida por el distinguido personero judicial de la actora; y otro, que la respectiva hijuela deberá complementarse con el título de dominio del causante. El Tribunal acoge esta última tesis por considerarla más ceñida al equilibrio jurídico que deben conservar las relaciones sobre propiedad. En esta conclusión acompañan a la Sala el doctor Rocha y la misma Corte, que en diferentes oportunidades se han pronunciado en tal sentido.

"La tesis expuesta anteriormente e ilustrada suficientemente con el concepto del distinguido profesor doctor Rocha y el de la Corte Suprema de Justicia, se explica si se observa que la sucesión por causa de muerte confiere al heredero un título declarativo del dominio sobre el bien que se le transfiere y si se acepta que ese heredero no es sino la continuación de los derechos y deberes del causante, es decir, se identifica con éste en cuanto a la titularidad del derecho y a la obligación de pagar sus deudas".

Se considera:

La sentencia tiene dos fundamentos, cada uno de los cuales sería suficiente para mantenerla en pie. Ambos fundamentos han sido atacados en casación en los dos cargos referidos. El primer cargo es fundado; no así el segundo, motivo por el cual la sentencia quedará en firme. Bastaría, por tanto, examinar dicho segundo cargo, cuya improcedencia relevaría de estudiar el primero. Pero, debido a la importancia del aspecto doctrinario de éste la Sala se detiene en él, para aclarar y definir la jurisprudencia sobre la forma jurídica de adquirir bienes con motivo de la muerte de la persona, la función o alcance de la sentencia de adjudicación en el juicio mortuorio y del acto de partición extrajudicial de la comunidad hereditaria, así como sobre la prueba del dominio de los bienes adjudicados o distribuídos en tales actos, jurisprudencia que ha vivido en permanente oscilación.

I.—La función de los modos, especialmente de la sucesión mortis causa

3.—Para determinar la función señalada por la ley a las sentencias de adjudicación de bienes hereditarios, es indispensable partir de una primera base: la adquisición de los bienes por parte de los causahabientes, es efecto exclusivo del modo de adquirir que el artículo 673 del C. C. contempla y llama "sucesión por causa de muerte".

Las necesidades humanas, por una parte, y la presencia de cosas aptas para satisfacerlas, por otra, han sido los orígenes de los modos de adquirir, los cuales, con las obligadas diferencias impuestas por concepciones jurídicas o criterios de apreciación diversas, han venido a ser en las legislaciones, en general, los que menciona el citado artículo 673.

Son ellos formas concretas y objetivas, a las cuales les ha asignado el Derecho la misión de realizar los títulos cuando éstos generan la adquisición de la propiedad y demás derechos reales.

4. —Y partir, además, de una segunda base: cada modo desempeña su función en el campo que le es peculiar, en razón de las distintas situaciones en que las cosas pueden hallarse ante los hombres. Porque la **ocupación** les otorga las **res nullius**; la **accesión**, lo que las cosas producen o lo que a ellas se junta; la **usucapión**, las ajenas, mediante la posesión; la **tradición**, las que se deben; **la sucesión por causa de muerte**, las de la persona fallecida, y la **ley**, algunos derechos, en unos pocos casos.

En virtud de la sucesión por causa de muerte, el sucesor adquiere los bienes del sujeto que fallece, de la misma manera que en otras órbitas, la persona los adquiere por medio de los demás modos. Porque todos éstos tienen el mismo objetivo, sustancial y conceptual, mas no un mismo campo de aplicación, ya que, por ejemplo, la ocupación y la accesión constituyen la propiedad, al paso que la prescripción confiere la propiedad y los demás derechos reales en general; la tradición, todos ellos y aún los personales, y la sucesión **mortis causa**, el patrimonio entero, con la sola excepción de los llamados derechos intransmisibles.

5.—Pero, mientras la ocupación, la usucapión y en ciertos casos la accesión producen un derecho invulnerable, la tradición y la sucesión no lo producen de la misma manera, cuando el tradente o el causante no ha sido propietario de la cosa objeto de la transferencia o de la transmisión, caso en el cual el adquirente y el heredero mal pueden adquirirla: el derecho del dueño subsiste y con él las acciones para hacerlo efectivo.

Fuéra de esta situación anormal, la tradición y la sucesión cumplen su finalidad de poner en el patrimonio del acreedor —si de tradición se trata— el derecho debido; o en el del causahabiente —si de sucesión se trata— el derecho del causante.

6.—Concretando estas consideraciones a la sucesión **mortis causa**, se trata de un modo de adquirir que se realiza, no de manera instantánea, como la tradición, y en ciertos casos la ocupación y la accesión, sino a través de varios hechos: la muerte del causante, la vocación hereditaria del sujeto que le sobrevive y la aceptación de la herencia. Esto no es extraño en el funcionamiento de los modos de adquirir, ya que v. gr. la prescripción requiere un indefinido número de actos materiales en un espacio de años; la ocupación de baldíos, el establecimiento con explotación económica, que también demanda un lapso de tiempo más o menos largo, y las accesiones del suelo y de los frutos, sujetas asimismo a procesos de alguna duración.

II. —La sentencia de adjudicación y el acto de partición no son modos de adquirir

7.—Reunidos los elementos constitutivos expresados, el derecho de herencia se fija definitiva-

mente en cabeza del heredero, radicado desde la delación en forma condicional. El modo de sucesión **mortis causa** ha operado; en cabeza del sucesor existe, como elemento positivo, el derecho hereditario, patrimonial, individualizado y autónomo, de tal manera que cuando sobreviene la partición, no es para transferir al heredero un derecho que ya tiene y en el ejercicio del cual interviene en ella, sino para liquidar la comunidad universal hereditaria y poner término a la indivisión distribuyendo los bienes entre los copartícipes a prorrata de su derecho, con efecto desde el día de la muerte. De esta manera la época de indivisión desaparece y entre la propiedad exclusiva del causante y la propiedad exclusiva del causahabiente no hay solución de continuidad: el último no es sino continuador de la persona del primero, quien dejó de serlo desde la muerte.

De esta forma, la partición del acervo hereditario no es modo de adquirir, sino desarrollo del modo de adquirir de la sucesión **mortis causa**, paso necesario en la liquidación de la herencia, extinción de la comunidad hereditaria y a la vez eslabón destinado a ajustar la cadena de los títulos del antecesor, con el título del causahabiente. El artículo 673 no lo menciona entre las formas jurídicas de adquirir. Los trámites todos del juicio mortuorio tienden a realizar, a hacer efectivo, el mencionado modo de poner en el patrimonio de la persona los bienes del sujeto que ha muerto.

III. — La partición no tiene, entre los herederos, sentido traslaticio

8.—No siendo la partición un modo de adquirir, mal puede tener entre los herederos el alcance **traslaticio** que le señalan algunos fallos de la Corte y literalmente el artículo 765, inciso 4º del C. C. cuando dice, refiriéndose a los títulos traslaticios:

"Pertenecen a esta clase las sentencias de adjudicación en los juicios divisorios y los actos legales de partición".

Las razones son muy claras:

1ª—Modo que **transfiera** sólo hay uno: la tradición (artículo 740 ib.), y si con el fin de que las personas puedan recibir los bienes de los muertos, se ha instituído el modo de adquirir de la **sucesión por causa de muerte**, de acuerdo con un sinnúmero de preceptos legales, entre tales el artículo 1008 del C. C., este modo, para cumplir su cometido, no requiere el auxilio de ningún otro modo, ya que cada uno de ellos se basta a sí mismo en el ámbito que le concierne. Por ello ni el **registro** del decreto de posesión efectiva de la herencia, ni el de la sentencia aprobatoria de la partición, juegan papel de **tradición**, como tampoco el de la sentencia que declara haber sido adquirido un bien por prescripción, ni el de la resolución gubernamental sobre adjudicación de tierras baldías: para adquirir, en estos últimos casos, basta la **ocupación** (artículo 1º, ley 200 de 1936) y la **usucapión**, como en aquéllos la **sucesión por causa de muerte**, esto es, la transmisión directa del **de cujus** al heredero. La tradición nada tiene qué hacer: aquellos modos actúan en los campos que les son propios y exclusivos.

2ª—**El alcance traslaticio** de la adjudicación o partición, entre los causahabientes, se hace consistir en el traslado o abandono recíproco de los derechos de los herederos, en favor y en contra de los mismos, para tener cada cual derecho exclusivo sobre los bienes que le correspondan. Tal traslado o abandono es incompatible con el **efecto retroactivo** de la partición, consagrado en los artículos 779 y 1401 del C. C., ya que al retrotraerse al día de la muerte, no son los coherederos quienes se transfieren derechos o bienes, sino el **de cujus** quien les ha transmitido, directa e inmediatamente en ese día, las especies determinadas en la partición. Entre los romanos la sentencia fundada en la **adjudicatio** tenía un sentido atributivo de dominio entre los herederos, en razón de las peculiares facultades del juez en las acciones de partición (**familiae erciscundae** y **communis dividundo**) y de deslinde **finium regundorum**). "La adjudicación —dice Claro Solar— comentando preceptos del C. C. chileno —iguales a los del nuestro—, no importa enajenación ni transferencia de la posesión de los demás partícipes al adjudicatario, porque por una ficción de la ley se reputa que los demás partícipes de la cosa universal o singular que todos poseían proindiviso, no han tenido parte alguna en los bienes o efectos adjudicados a cada uno de ellos separadamente: la adjudicación es simplemente declarativa de un derecho existente; y los bienes que cada adjudicatario recibe, como representativos de su derecho en la comunidad, emanan del título mismo que dio origen a esa comunidad, como si la proindivisión no hubiera existido jamás. El dominio anterior del propietario de la cosa universal o singular en que existía la posesión proindivisa de los dos o más partícipes, pasa directamente al adjudicatario y por lo tanto, éste es quien, durante el tiempo que

duró la indivisión, se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere en la cosa común, o la totalidad de la cosa común si le es adjudicada totalmente". (Su Obra, tomo 7º número 8571).

IV. — Tampoco tiene efecto traslaticio entre antecesor y sucesor

9.—Tampoco tiene la partición el alcance **traslaticio** que algunas sentencias de la Corporación le han señalado entre causante y heredero, en busca de un sentido para el inciso 4º del artículo 765, que incluye las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición, entre los títulos traslaticios de dominio.

1º — En primer lugar, mal puede pretender transferir la partición lo que ya radica en el patrimonio del heredero, en razón de la transmisión lograda mediante el hecho jurídico de la muerte, el carácter jurídico del causahabiente y el acto jurídico de la aceptación de la herencia. Estos elementos integran el modo de adquirir **mortis causa**, cuya finalidad es, inconfundiblemente, la de transmitir el patrimonio con motivo de la muerte de sus titulares. La ocupación, la accesión y la prescripción **constituyen**; la tradición **transfiere**, y la sucesión por causa de muerte, **transmite**. Lo cual no acusa simple juego de palabras sino conceptos jurídicos precisos y diferentes, de efectos asímismo precisos y diferentes.

2º—En segundo lugar, los muertos no **transfieren**. Es la persona la que transfiere, ya que la transferencia es enajenación, es acto de voluntad. "Son títulos traslaticios de dominio —reza el mismo artículo 765 del C. C.— los que por su naturaleza sirven para transferirlo como la venta, la permuta, la donación entre vivos". Estos títulos son actos jurídicos que, como tales, no pueden existir sin el consentimiento, es decir, sin la presencia del hombre. Y tales títulos, generadores de la transferencia del dominio, no se ejecutan sino mediante la **tradición**, que es el modo por medio del cual el sujeto obligado entrega al acreedor la cosa sobre la cual recae el derecho debido. Por ello la persona que fallece no transfiere sino que transmite, y transmite siempre, haya o no testamento, porque a la postre, a falta de todo otro sucesor, recibe la herencia el municipio.

Por tanto, ni las sentencias aprobatorias de la partición de una comunidad hereditaria, ni la partición legal extrajudicial de la misma comunidad, en su caso, tienen efecto traslaticio, ni entre los herederos o copartícipes, ni del **de cujus** a los herederos, dado que la adquisición de los bienes se hace en virtud de la transmisión que realiza el modo de la sucesión por causa de muerte.

V. — Efecto declarativo de la sentencia de adjudicación y de los actos de partición

10.—No tienen la sentencia de adjudicación y los actos legales de partición sino un efecto **declarativo**, a pesar del texto del artículo 765, inciso 4º. En ella consta la liquidación del patrimonio del **de cujus** y se pone fin a la comunidad universal distribuyendo los bienes entre los herederos, copartícipes hasta entonces del patrimonio hereditario. Tal efecto resulta, de acuerdo con la naturaleza de toda sentencia declarativa de que realmente aquellos actos reconocen la existencia, ya en cabeza de los herederos, de los derechos que existían en el patrimonio del **de cujus**, o dicho con más simplicidad, que los bienes que ayer pertenecían al causante pertenecen hoy, debidamente distribuídos, a sus sucesores universales, de forma que **declarar** es aquí determinar, señalar los bienes, que, transmitidos con motivo de la muerte del **de cujus**, cada heredero recibe en razón de su derecho.

11.—Ni la sentencia tiene sentido atributivo ni la partición encargo o finalidad traslaticia.

Si la sentencia que se dicta en juicio contradictorio, sobre derechos patrimoniales, no transmite, ni transfiere, ni constituye, ni crea la propiedad a favor de ninguna de las partes, puesto que el fallo se limita a reconocer o declarar un derecho preexistente, a **fortiori** la que aprueba la partición en el juicio mortuorio no podrá tener función transmisora, traslaticia, constitutiva o creadora del derecho. Por ello, con toda razón el inciso 4º del artículo 765 no le asigna ningún alcance **atributivo**, y el **traslaticio** que le señala, carece de acepción jurídica, como antes se vio, dentro del sistema que hace coincidir con la muerte del causante la adjudicación o partición de los bienes de la comunidad hereditaria.

Lo cual se predica con mayor razón en el caso de un solo heredero. La adjudicación de los bienes, como secuela de la liquidación de la universalidad hereditaria, tiene el mismo sentido declarativo y el mismo efecto retroactivo.

VI. — Prueba de la titularidad del dominio sobre los bienes adjudicados.

12—Concierne este asunto directamente al cargo formulado. Sabido es que no hay un ordenamiento legal que señale de manera invariable, en las litis sobre la propiedad privada, la prueba del derecho. Unas veces podrá consistir en una cadena de títulos; otras, en un solo título más antiguo; otras, en un título o una cadena de títulos contra la posesión; otras, en la posesión, contra los títulos, y en otras, en la posesión contra otra posesión. Lo cual proviene de la relatividad de la prueba del dominio, resultante de diversos factores cuyo juego no viene al caso considerar ahora. Algunas pautas ha formulado la doctrina jurisprudencial a este respecto, como puede verse en sentencia de la Corte, de 27 de mayo de 1936 (XLIII, 593) y 7 de junio de 1938, XLVI, 626).

En tratándose de la propiedad de los bienes adjudicados por causa de muerte, ocurre lo propio. Bastará la hijuela en unos casos, en tanto que en otros será menester complementarla con el título de adquisición del causante y aún con otros títulos, y habrá casos en que la posesión prevalecerá sobre la adjudicación y el título del antecesor y aún sobre otros más antiguos.

La hijuela será suficiente cuando las partes sean los propios coherederos, o sus causahabientes, en vista de que la propiedad tiene un origen común; o cuando se oponga a la hijuela un título posterior a ella, o la posesión haya sido iniciada también con posterioridad. Pero, si a la hijuela se opone un título anterior será necesario complementarla con el título de adquisición del causante, y aún con otros, a fin de establecer un mejor derecho o una relación jurídica prevaleciente.

Por lo mismo, no se puede afirmar a priori, como lo hacen algunas sentencias, que siempre la hijuela sea prueba del derecho. (V. casaciones de 9 de marzo de 1892. VII. 127; 27 de noviembre de 1896. XII. 110; 26 de agosto de 1911. XX. 214; 12 de junio de 1920. XXVIII. 107; 20 de octubre de 1935. XLIII. 164; y 7 de mayo de 1952. LXXII, 68).

Ni tampoco que se requiera siempre complementar la hijuela con el título de adquisición del **de cujus**, como rezan otras sentencias. (V. fallos de 5 de febrero de 1906. XVII. 365; 7 de noviembre de 1906. XIX. 17; 14 de agosto de 1918. XXVI. 51; 3 de junio de 1935. XLII. 30).

Mas, otras, en cambio, discriminan y distinguen: no basta la hijuela cuando se le opone un título anterior a ella: es indispensable aducir el del causante; pero, sí es suficiente cuando el título es posterior. (Casaciones de 30 de septiembre de 1918. XXVII. 91; 24 de junio de 1920. XXVIII. 93; 10 de febrero de 1931. XXXVIII. 454; 22 de mayo de 1940. XLIX. 313; y 7 de mayo de 1952. LXXII. 68).

Y otras reconocen invariablemente pleno valor a la hijuela, en los litigios entre los mismos herederos o copartícipes. (Casaciones de 14 de agosto de 1918. XXVII. 51; 2 de mayo de 1922. XXIX. 144; 20 de septiembre de 1938. XLVII. 233).

Por lo general, los fallos que le asignan siempre a la hijuela, una franca virtud probatoria, se basan en el papel traslaticio que le otorgan a la sentencia de adjudicación y a los actos legales de partición, ciñéndose estrechamente al inciso 4º del artículo 765.

Para puntualizar la doctrina sobre tan importante materia, la Sala adopta un criterio flexible, el único acorde con el carácter declarativo de la partición y con la prueba de la propiedad, de suyo relativa y variable, según los casos y circunstancias. No obsta a la partición dicho carácter declarativo, para probar una situación jurídica prevalente, puesto que acredita la terminación de la comunidad hereditaria y el señalamiento de especies determinadas a los herederos, con retroacción a la muerte del causante. Ni hay por qué ni para qué recurrir en ello al efecto traslaticio de la partición, que, por una parte, es contrario, como se ha visto, al sistema que la retrotrae al fallecimiento del antecesor, y por otra, basta un título declarativo para servir, en ciertas circunstancias, de prueba del derecho, esto es, de un derecho mejor.

VII. — La doctrina jurisprudencial

13.—Se observa en la doctrina jurisprudencial franca imprecisión y aun manifiesta confusión de conceptos, conducentes a tesis y apreciaciones erróneas, en lo tocante a la finalidad transmisora de la sucesión **mortis causa**, a las condiciones en que opera la tradición, al objetivo de las sentencias de adjudicación y de los actos legales de partición y a las proyecciones del efecto retroactivo de tales actos. Se citan algunos fallos:

a) Sentencia de casación de 20 de abril de 1894 (IX, 284) dijo que la partición es título **traslaticio** de dominio entre "los herederos o coasignatarios de una sucesión, que son las personas entre quienes se verifica la partición de los bienes,

que por causa de muerte, pasan a ser de los herederos por ministerio de la ley". Se trata de una interpretación rigurosamente literal y exegética, a tono con la época, del artículo 765, inciso 4º, sin tener en cuenta la norma sistemática de los artículos 779 y 1401 sobre retroactividad de la partición. Y no obstante que casaciones de 12 de junio de 1899 (XVI. 239) y 27 de agosto de 1925 (XXXI. 350) rectificaron esta doctrina, al afirmar que entre los herederos la partición es simple título **declarativo** de propiedad, sentencias posteriores, como las de 27 de marzo de 1914 (XXIV. 68), 31 de agosto de 1933 (XLI. 521); 12 de noviembre de 1935 (XLIII. 189); 30 de septiembre de 1936 (XLIII. 828), 22 de mayo de 1940) (XLIX. 313) y 7 de mayo de 1952 (LXXII. 68), acogieron de nuevo la vieja doctrina del significado traslaticio de la partición, lo que indica que la jurisprudencia al respecto se ha movido con vacilaciones de un extremo a otro.

b) Sentencia de 12 de junio de 1899 (XVI. 239) negó, según se expuso, que la partición fuese título traslaticio entre los herederos, pero aceptó que lo fuera **respecto del causante.** Otras sentencias repitieron luégo esta última doctrina, v. gr. las de 7 de octubre de 1914 (XXIV. 247), 31 de mayo de 1928 (XXXV. 297), 4 de agosto de 1933 (XLI. 490) y 13 de agosto de 1940 (XLIX. 820). No se puede afirmar que existe un título traslaticio de propiedad, entre la persona fallecida y el sucesor, sin suplantar la sucesión **mortis causa,** como forma de adquirir los bienes del **de cujus,** por la tradición, que es forma **inter vivos,** para cumplir las obligaciones de dar, confundiendo, por consiguiente, nociones y figuras jurídicas distintas en su naturaleza, elementos y aplicación.

c) Como antes se dijo, la casación de 27 de agosto de 1925 (XXXI. 350), reafirmó, contra la forma material del artículo 765, que la partición es un título declarativo y no atributivo de propiedad, y agregó el importante concepto de que tal acto no es sino la finalización de la comunidad herencial. La sentencia de 31 de agosto de 1933 (XLI. 521) reiteró tal doctrina, pero al tiempo la desvirtuó sustancialmente al decir: "La partición en un juicio de sucesión no confiere por sí solo el dominio al asignatario, si el causante no era dueño de los bienes partidos y adjudicados; pero sí lo confiere en el caso contrario, pues de otra suerte sería letra muerta el inciso 3º del susodicho artículo 765".

Para que el citado texto no sea letra muerta, este fallo le asigna a la partición el mérito suficiente para **conferir la propiedad,** o sea, el efecto traslaticio de la partición. Así se regresaba a la antigua doctrina. La "persuasión racional" que recomienda el artículo 21 de la ley 200 de 1936, acorde con los nuevos métodos de interpretación legal, prefiere convertir en letra muerta ciertas fórmulas literales, ciertos moldes, al parecer rígidos e inflexibles, a reconocerles un alcance contrario a los principios rectores de una materia, a otros textos de preferente aplicación dentro del conjunto armónico de la ley, a las transformaciones sociales que generalmente imprimen nuevos sentidos o abren nuevos ámbitos a los textos legales. El ilustre autor de los Proyectos que precedieron al código civil chileno, consagró en el inciso 4º del artículo 703 de este código (igual al artículo 765 de nuestro C. C.) el alcance traslaticio de la sentencia de adjudicación y los actos legales de partición, y el efecto retroactivo de los mismos actos, en los artículos 718 y 1344 del código chileno (iguales a los artículos 779 y 1401 del colombiano), esto es, dos ideas opuestas, de las cuales debe elegir la doctrina una de ellas, de la manera más segura posible.

d) Sentencia de 30 de septiembre de 1936 (XLIII. 828) reza que "la muerte de una persona no basta por sí sola para transmitir el dominio de los bienes raíces a sus herederos, porque lo que en definitiva transmite el dominio de esos bienes es la adjudicación que se hace de ellos seguida del registro de la correspondiente hijuela, aprobada por el Juez, y es este título registrado el que verdaderamente confiere a los herederos el dominio que antes tenía el causante; en la sucesión por causa de muerte la ley o el testamento, según el caso, son los títulos que sirven de base a la traslación del derecho; la sucesión es modo de adquirir EL SOLO DERECHO DE HERENCIA, mientras está ilíquida, y un modo imperfecto de adquirir bienes raíces o bienes muebles determinados, puesto que cuando la sucesión se liquida o se dicta el decreto de posesión efectiva del derecho de herencia, hay necesidad de inscribir tal decreto en la oficina u oficinas de registro donde el inmueble está ubicado, así como también el respectivo acto de partición judicial o extrajudicial, según los artículos 764 y 2654 del C. C.". En sentencia de 20 de octubre de 1935 (XLIII. 164) se había afirmado igualmente que el registro de la sentencia de adjudicación verifica la tradición de los bienes, y fallo antes citado de 7 de mayo de 1952 (LXXII 68) insiste una vez más en el carácter traslaticio de la

sentencia de adjudicación y de los actos legales de partición.

De estas sentencias la primera, más categórica y motivada, llega a decir que es la adjudicación, seguida del registro, lo que verdaderamente confiere a los herederos el dominio que antes tenía el causante; que la sucesión es modo de adquirir sólo el derecho de herencia y modo imperfecto de adquirir los bienes determinados, porque es indispensable inscribir en el Registro Público la sentencia de adjudicación o el acto de partición.

La sucesión **mortis causa** transmite la universalidad hereditaria a los herederos y confiere a cada cual un derecho de cuota sobre ella, llamado derecho de herencia. Y transmite también los bienes, como especies concretas, precisamente por transmitir la universalidad; sin la transmisión de ésta, la de los bienes sería imposible. Por contener la universalidad los bienes o derechos que fueron del **de cujus**, es por lo que los recibe o adquiere el heredero. Los bienes hacían parte del patrimonio del antecesor, de suerte que al morir éste pasan con la universalidad o patrimonio hereditario, correspondiendo a la partición la simple tarea de distribuírlos. En consecuencia, la sucesión **mortis causa** es modo perfecto de adquirir el derecho hereditario y modo perfecto de adquirir los bienes. Y justamente, para que la propiedad de los herederos sobre los bienes aparezca ligada de manera inmediata y directa al antecesor, sin solución de continuidad, es por lo que la adjudicación surte sus efectos, retroactivamente, desde la muerte del causante, de manera que desaparece la etapa de la comunidad, como si ésta no hubiese existido un solo momento y como si los sucesores hubiesen recibido los bienes de las manos mismas del antecesor, al morir. Negar que sea la sucesión **mortis causa** el modo de adquirir las especies ciertas y determidas es negar todo esto, que es de la estructura de nuestro Derecho, para señalar a la tradición —modo intervivos— un oficio que no le corresponde, y a la partición un papel traslaticio de que carece, atribuyéndole, como corolario, al registro de aquélla el imposible jurídico de efectuar la tradición de los bienes que ya habían ingresado al patrimonio del heredero, en virtud del modo de la transmisión **mortis causa** y desde la muerte del **de cujus**, por la retroacción tantas veces mencionada.

14.—La Sala aclara y precisa la doctrina a estos respectos, así:

1º—La propiedad de los bienes hereditarios se adquiere con base en un título —la ley o el testamento— mediante el modo que el artículo 673 del C. C. consagra y denomina "sucesión por causa de muerte". Esta es la forma jurídica por medio de la cual, la persona, con vocación hereditaria, adquiere los bienes del sujeto que fallece. Lo cual se debe tener presente al tratarse de fijar el sentido o efecto de la partición de la masa hereditaria, entre los sucesores y en relación con el **de cujus**.

2º—La partición de la masa hereditaria tiene el efecto retroactivo señalado en los artículos 779 y 1401 del C. C. Este efecto consiste en que se tenga por efectuada, no en la fecha de su aprobación por el juez o de su verificación extrajudicial, sino el día de la delación de la herencia, que generalmente coincide con la de la muerte del causante, según los artículos 1012 y 1013 ib. Por tanto: primero, no hay descontinuidad entre la propiedad y la posesión del **de cujus** y la propiedad y la posesión del heredero, ya que éste es el continuador de la persona de aquél; segundo, queda borrado jurídicamente el tiempo de comunidad o indivisión que realmente haya existido entre la muerte del causante y la partición de los bienes; y tercero, cada heredero se reputa no haber tenido jamás parte alguna en los bienes distribuídos a los demás copartícipes.

3º—Tal efecto retroactivo sitúa la adquisición de los bienes distribuídos, en la fecha de la muerte del causante, porque es la muerte el punto de partida de un modo de adquirir cuya finalidad es poner en cabeza del sobreviviente los bienes del sujeto fallecido. En consecuencia, es jurídicamente imposible que la partición, así retrotraída al día de la muerte, sea un acto que transfiera derechos o bienes entre los coherederos.

4º—El artículo 765, inciso 4º, del C. C. prescribe que pertenecen a la clase de títulos traslaticios "las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición". Este texto comprende **todo** acto de partición judicial o extrajudicial, cualquiera que sea el origen de la comunidad: legal o convencional; y cualquiera que sea la especie de comunidad: universal o singular. Respecto de todas ellas, dicho precepto señala a la partición, judicial o extrajudicial, el valor de título traslaticio de propiedad. Este valor no existe porque es incompatible con la naturaleza y funcionamiento del mencionado modo de adquirir y con el carácter retroactivo de la partición, ambos factores de prevaleciente influjo en la interpretación legal de la materia.

5º—La sentencia de adjudicación y la partición

misma extrajudicial son simples títulos declarativos de ser titulares los herederos de los bienes distribuídos, desde la fecha de la muerte del causante, en virtud de la transmisión directa hereditaria y del efecto retroactivo expresado.

6º—Del **de cujus** a los sucesores no se cumple ningún fenómeno traslaticio, porque, fuéra de la imposibilidad física y jurídica de que el difunto transfiera, la radicación de los bienes en cabeza del heredero se realiza mediante el modo específico de la sucesión por causa de muerte, desde el día del fallecimiento del antecesor. Por tanto, la inscripción en el Registro Público de la sentencia de adjudicación —y **a fortiori** del decreto de posesión efectiva de la herencia— carece de finalidad traslaticia, no cumple tradición alguna, ya que los bienes han sido adquiridos mediante la sucesión **mortis causa.** Cumple, sí, otros fines, v. gr. cancelar las inscripciones del difunto con las nuevas a favor de los herederos, publicar la adquisición de los bienes con motivo de la muerte del causante.

7º—La prueba del dominio sobre los bienes adjudicados, como la prueba del dominio en general, es relativa. Puede bastar la hijuela, o requerir el complemento del título del causante: a) es suficiente la hijuela en litigios entre los mismos coherederos o copartícipes, o sus causahabientes; y b) lo es también en controversias con terceros en que se oponga a la hijuela un título posterior, o una posesión iniciada posteriormente a la adjudicación o partición, a menos que la posesión hubiese configurado el modo de la usucapión; mas no así si el título que se le opone es anterior, caso en el cual es necesario aducir el título del causante, y aun otros según el caso.

El caso del pleito

15.—En la sucesión de la señora María Reyes de Tascón les fueron adjudicadas sendas partes iguales proindiviso, en la finca a que el proceso se refiere, a María Edelmira, María Carlina y María Leonor Tascón Reyes. Las dos últimas vendieron sus cuotas a Ramón Tascón Núñez.

María Edelmira demandó a este último, por su cuota, diciendo que el demandado, sucesor de las herederas María Cristina y María Leonor Tascón Reyes, estaba poseyendo todo el inmueble y para probar el derecho cuya reivindicación intenta, adujo la hijuela que se le formó en dicho juicio.

El juez de la primera instancia estimó suficiente la prueba aducida. No así el Tribunal, por no haber observado que se trataba de un litigio entre copartícipes de una misma comunidad universal, ya que el demandado es sucesor de las demás herederas, y no obstante haber expuesto la doctrina legal sobre la prueba, frente a los coherederos, de la propiedad de los bienes adjudicados en juicio mortuorio, prueba que, como antes se expuso, consiste en la respectiva hijuela.

Está probado sí el primer cargo formulado: el error de hecho sufrido en la apreciación de las escrituras números 153, de 17 de diciembre de 1925, y 185, de 16 de diciembre de 1926, de la Notaría 3ª de Buga, escrituras en las cuales consta el origen común de la propiedad, motivo por el cual bastaba la hijuela de la actora, para demostrar frente al demandado, el derecho de cuota invocado; de manera que no habiéndole bastado al Tribunal dicho instrumento, fueron quebrantados los artículos 765, inciso 4º, 1401 y 949 del C. C.

Cargo segundo

16. — Consiste, por una parte, en error en la apreciación de la sentencia de 3 de agosto de 1948, proferida por el Juez Civil del Circuito de Buga, en juicio de pertenencia seguido por Ramón Tascón Núñez contra los copartícipes de la comunidad de "Vínculo de Guabas", y demás personas interesadas en tal indiviso y especialmente en los fundos a que la demanda petitoria de dominio se refirió; error de derecho que consiste en haberle otorgado a dicho fallo el valor de juzgamiento definitivo que pueda oponerse a María Edelmira Tascón Reyes, con infracción de los artículos 474 del C. J., 6º y 7º de la ley 120 de 1928 y 3º de la ley 51 de 1943. Subsidiariamente se alega error de hecho, por la indebida apreciación de la misma sentencia, con violación de los citados preceptos.

Y por otra, en la infracción del artículo 7º de la ley 120 de 1928, "en relación con la ley 51 de 1943, por asignarle al primero una errónea interpretación con el alcance ilimitado que implícitamente le atribuye al primero".

El cargo, en una palabra, se basa en el hecho de no haber sido citada personalmente Edelmira Tascón Reyes, al juicio de pertenencia, debiendo haberlo sido, porque no era copropietaria incierta de la pequeña comunidad de las once plazas ni del indiviso general, ya que al comprar Ramón Tascón Núñez dos terceras partes en 1926, en proindiviso, supo que había otra comunera,

María Edelmira Tascón Reyes, fuera de que el reducido indiviso de las once plazas estaba individualizado y era independiente del indiviso general del "Vínculo de Guabas". Agrega el cargo que el artículo 6º de la ley 120 de 1928, autoriza el emplazamiento por medio de edictos sólo "en defecto de personas conocidas o supuestas interesadas contra las cuales se pueda alegar la prescripción".

17.—Ramón Tascón Núñez ejerció la acción consagrada en los artículos 1º y 2º de la ley 51 de 1943, a favor del comunero que ha poseído exclusivamente el fundo común en su totalidad o una parte de él, en relación con varios predios contenidos en la comunidad denominada "Vínculo de Guabas", ubicada en el corregimiento de Ginebra, del municipio de Guacarí. Uno de tales predios es el de "Las Delicias", del cual hace parte el pequeño indiviso de once plazas que fue adjudicado en la sucesión de María Leonor Reyes de Tascón, por cuotas iguales, a las nombradas María Edelmira, María Carlina y María Leonor Tascón Reyes, las últimas de las cuales vendieron sus derechos a Ramón Tascón Núñez. El juicio mortuorio fue protocolizado el 17 de diciembre de 1925, y la venta de tales derechos fue celebrada el 16 de diciembre del año siguiente.

El 21 de enero de 1947 Ramón Tascón Núñez entabló juicio de pertenencia contra los comuneros del indiviso "Vínculo de Guabas", contra todas las personas que se creyeran con derecho en tal comunidad o en los predios a que se contrajo el libelo. Así aparece de éste (f. 6, c. 5º) y de la sentencia (f. 25, c. 1º).

Se considera:

18.—Para el debido estudio del cargo conviene señalar algunos de los distintivos de las acciones consagradas en las leyes 120 de 1928 y 51 de 1943, en cuanto se relacionan con la materia de este negocio.

I.—La acción de la ley 120 de 1928

1º—La acción estatuída en el artículo 2º de la ley 120 de 1928 es de pertenencia o petitoria de dominio, pues sólo persigue la declaración de que la propiedad de un bien determinado pertenece al demandante; y es acción real, diríjase o no contra determinada persona, porque es una de las formas con que el Estado tutela el dominio privado, derecho real por excelencia.

2º—Esta acción es una especie del género **acción de pertenencia o petitoria**, que existe en favor de todo titular de derecho real o personal, pues comprende únicamente la propiedad adquirida por medio de la usucapión ordinaria o extraordinaria, o en que la usucapión, al lado de títulos o modos distintos defectuosos, ha venido a consolidar la propiedad y a purificar su titulación. La finalidad de esta ley es sanear la propiedad raíz cuya titulación adolezca de vicios o vacíos que le resten firmeza.

3º—La acción puede hacerse valer contra personas determinadas, según lo preceptúa el artículo 4º; o contra "todos los que se crean con algún derecho en el inmueble de que se trate", de acuerdo con el artículo 7º, inciso 1º; o contra personas determinadas y a la vez contra todo interesado, pues aunque la ley no prevé el caso, lo justifican la economía procesal y el interés de una sentencia con efectos **erga omnes**.

4º—Cuando se ejerce contra personas determinadas se sigue un juicio ordinario (artículo 4º); cuando se introduce contra todo interesado, el procedimiento especial prescrito en los artículos 7º, 8º y 9º, sin perjuicio de convertirse en ordinario en caso de oposición del Ministerio Público o de un tercero; y cuando se hace valer contra personas determinadas y contra todo interesado, un juicio ordinario, siempre, haya o no oposición ulterior, por dirigirse contra aquéllas (artículo 4º), y con la intervención ineludible del Ministerio Público y los emplazamientos ordenados en los artículos 7º y 8º, por dirigirse también contra los terceros en general (artículo 7º, inc. 1º).

5º—Incoada contra personas determinadas, la sentencia produce efectos entre las partes, únicamente, de acuerdo con el estatuto general de la cosa juzgada (artículos 473 y 474 C. J.); propuesta contra todo el que tenga interés, o contra unos y otros, los genera absolutos, **erga omnes**, en razón del sistema de los emplazamientos y de haber sido derogado el inciso 1º del artículo 12 de la ley 120 (artículo 7º, ley 51 de 1943), que limitaba los efectos de la cosa juzgada, aun en el caso de acción seguida contra todo el mundo por medio de los emplazamientos, a las partes que hubiesen intervenido en el juicio.

II.—La acción de la ley 51 de 1943

Admitida la usucapión en favor del condueño que posea económicamente el fundo o parte de él, con exclusión de los demás condóminos, quedó cerrado el debate doctrinal en el sentido que preponderó en la jurisprudencia, en torno a la prescripción de un copartícipe contra los demás

copartícipes, en forma que el nuevo estatuto no hizo más que interpretar los textos del C. C. sobre la prescripción adquisitiva de los inmuebles, según lo consideró la Corte Plena en sentencia de 2 de noviembre de 1944 (LVII, 12).

1º—La acción consagrada en los artículos 1º y 2º de la ley 51 de 1943, es también de pertenencia, por usucapión ordinaria o extraordinaria, y puede tener, además efectos divisorios. Mas, al paso que la acción de la ley 120 está establecida para los muebles e inmuebles, sobre los cuales no haya indivisión y a favor de todo poseedor que reúna las condiciones de la ley para prescribir, la de la ley 51 está instituída en favor de los comuneros exclusivamente y respecto de los bienes raíces que se hallen en comunidad, sea ésta universal o singular. (V. casación de 29 de noviembre de 1954. LXXIX, 155).

2º — La acción reconocida por los citados artículos 1º y 2º de la ley 51, puede ser ejercida contra los demás comuneros, o contra los demás comuneros y todo aquel que se crea con algún derecho en el fundo común. No obstante que el artículo 1º admite la acción "contra terceros extraños a la comunidad", se comprende que no puede ser ejercida sólo contra extraños, pues entonces se trataría de la acción de la ley 120. En cambio, sin texto expreso para incoarla a la vez contra copartícipes y terceros, no podría negarse la acumulación en un mismo libelo, por motivos de economía procesal y el móvil de la ley de lograr la división de las comunidades y consiguientemente el saneamiento de la propiedad inmobiliaria.

3º—La acción contra los comuneros puede tener a la vez efectos divisorios: cuando se refiere a una parte del fundo común, ya que según el artículo 2º, inciso 1º, se presume que el lote de terreno poseído exclusivamente, equivale a la cuota del comunero. Pero, no tendrá efectos divisorios cuando se refiere a la totalidad del indiviso. La dirigida contra los condueños y los terceros en general, tendrá efectos divisorios respecto de los primeros, a menos que comprenda la totalidad del inmueble en comunidad.

4º—Como el artículo 3º de la ley 51 dispone "que la acción de prescripción a que esta ley se refiere, debe deducirse en juicio ordinario, siguiendo el procedimiento establecido en la ley 120 de 1928", las acciones expresadas se habrán de ejercer **siempre** en juicio ordinario, con la participación del Ministerio Público y los emplazamientos de los artículos 7º y 8º de dicha ley 120, sea que la acción se dirija contra los demás comuneros únicamente, o contra éstos y todo tercero interesado, y sean aquéllos ciertos y conocidos o inciertos y desconocidos. (V. casación citada de 29 de noviembre de 1954. LXXIX, 155). De consiguiente, al paso que la acción de la ley 120 se puede ventilar en juicio ordinario o conforme al procedimiento de los emplazamientos y la participación del Ministerio Público, según el caso, la acción de la ley 51 se sujeta, sin excepción, a los trámites del juicio ordinario, complementado con el referido sistema de emplazamientos, la audiencia del Ministerio Público y las peculiaridades que preceptúa dicha ley 51, tales como la inspección ocular de rigor (artículo 4º) y la documentación que debe acompañarse con la demanda (artículo 5º).

5º — La acción de la ley 51, sea que se dirija contra los comuneros únicamente o contra éstos y todo tercero que pueda tener interés, produce efectos **erga omnes**, ya que son forzosos los emplazamientos y la citación del Ministerio Público y también la inspección ocular que ordena el artículo 4º.

En el régimen de la ley 120, los efectos del fallo corresponden al ámbito que a la acción señale el actor: si comprende sólo personas determinadas, contra quienes se quiere hacer valer la prescripción (artículo 4º), los efectos de la sentencia son relativos; si comprende a todo interesado en general, los efectos son absolutos. Por tanto, mientras la acción de la ley 120 dá lugar a una sentencia que puede no producir efectos **erga omnes**, la de la ley 51 brinda un fallo que siempre habrá de generarlos.

6º—Cabe agregar que el imperativo sistema de los emplazamientos —generalizados hoy en el mundo con los mismos objetivos— logra que la sentencia produzca efectos absolutos. Por esto ha visto la Corte en esta acción un consorcio necesario pasivo, al punto de que si no se cita a todos los comuneros, ya personalmente o bien por el sistema expresado, el juez no puede pronunciarse en el fondo (casación de 29 de noviembre de 1954. LXXIX, 156).

El caso del pleito

19.—A la demanda en referencia se le dio la tramitación señalada en los artículos 3º de la ley 51 y 7º de la ley 120, esto es, la de un juicio ordinario, estatuído por el primero, con los emplazamientos y la intervención del Ministerio Público, dispuestos por el segundo, toda vez que la demanda fue dirigida contra los copropietarios y

personas interesadas en el indiviso del "Vínculo de Guabas", en el cual figura el predio de "Las Delicias", comprendido en el libelo y del que hace parte el pequeño indiviso de once plazas.

Sea que se considere **comunera** a María Edelmira Tascón, del indiviso "Vínculo de Guabas", sea que se le considere como **interesada**, simplemente, en la misma comunidad, si fue demandada en el juicio referido de pertenencia, como persona incierta o desconocida o como si no se tuviese conocimiento de su residencia, la demostración de no haberse procedido como lo disponen los artículos 6º y 7º de la citada ley 120 y 317 del C. J., debió suministrarse en el presente juicio.

El recurrente dice que "en la hipótesis de que Edelmira Tascón de Núñez por ser comunera en el pequeño globo de once plazas se le atribuyese también el carácter de comunera en el "Vínculo de Guabas", ella es una persona cierta y determinada, bien conocida por Ramón Tascón Núñez, pues en febrero de 1946, es decir, antes de iniciar la acción de pertenencia, en febrero de 1947 (fl. 31, c. 5) rindió declaración juramentada (fl. 12 del c. p.) dentro del juicio ordinario que la misma Edelmira le promoviera a Elba Carlota Tascón y otras personas sobre propiedad de unos derechos de tierra. En esa declaración y en la propia demanda de pertenencia, al referirse al globo denominado "Las Delicias" (fl. 25 v. del c. p.), implícitamente reconoció la existencia de la comunidad en el globo de once plazas, y por lo tanto la existencia del otro condueño, confesando que poseía este globo "desde el año de 1926 por compra a Carlina Tascón de Tenorio y María Leonor Tascón de Tascón al tenor de la escritura 185 de 16 de diciembre de 1926 de la Notaría de Guacarí".

Pues bien: si las pruebas que cita el recurrente demostraran que María Edelmira Tascón de Reyes no fue citada o emplazada en la forma legal, habiéndose producido una sentencia que no la afecta, la apreciación errónea o la falta de apreciación de tales pruebas en razón de la cual el fallo admite aquellos efectos, no fue atacada en casación, motivo por el cual no procede el cargo enderezado únicamente contra la admisión de la sentencia proferida en el juicio petitorio de dominio.

En una palabra, el Tribunal no tuvo en cuenta las pruebas de tales hechos. El recurrente considera que ellas acreditan que María Edelmira Tascón Reyes era persona cierta y conocida del actor; y por tanto, si las hubiera estimado habría llegado a la conclusión contraria. La acusación no comprendió esta materia, por cuyo motivo la sentencia de declaración de pertenencia produce efectos respecto de la actora en el presente juicio, ya que se ha de presumir que fue bien citada o emplazada, sin que se haya demostrado lo contrario, o al menos sin que se haya acusado el fallo por no haber apreciado las probanzas que según el recurso, establecen lo contrario.

No se acoge, en consecuencia, el cargo.

Resolución

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha ocho (8) de mayo de mil novecientos cincuenta y tres (1953), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en el juicio ordinario seguido por Edelmira Tascón de Núñez contra Ramón Tascón Núñez.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y ejecutoriada devuélvase al Tribunal de origen.

Manuel Barrera Parra — José J. Gómez R. — José Hernández Arbeláez — Julio Pardo Dávila. Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

CON BASE EN LA CAUSAL SEXTA DE CASACION SE DECLARA NULO UN JUICIO, SOBRE IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD, POR ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA EN LA PARTE DEMANDADA.—NO ES POSIBLE DECIDIR QUE UNAS MISMAS ACTUACIONES JUDICIALES SON NULAS RESPECTO DE UNA DE LAS PERSONAS QUE FORMAN UNA DE LAS PARTES Y AL PROPIO TIEMPO VALIDAS EN RELACION CON LAS DEMAS

1.—Dice el recurrente: "Conforme a los artículos 241 y 242 del código judicial, cuando se trate de un menor adulto que carezca de representación legal, o cuando éste se halle ausente, para comparecer en el juicio, debe ser requerido para que nombre curador ad litem y solamente en caso de renuencia del menor adulto a nombrar un curador capaz que le represente, puede el juez proceder a designar el curador correspondiente, siendo entendido que si el menor nombra un curador capaz, el juez debe confirmar el nombramiento".

De conformidad con las disposiciones legales citadas por el recurrente, la designación de curador AD LITEM le corresponde, no al juez, sino al menor; y en el caso de que se trata, el curador no fue designado por el menor adulto demandado, sino directamente por el juez sin que a aquél se le hubiera dado oportunidad de hacer la respectiva designación. El demandado, por tanto, no estuvo debidamente representado en el juicio y hay una causal de nulidad expresamente prevista en el artículo 448, ordinal segundo del código judicial.

2.—No es posible decidir que unas mismas actuaciones judiciales son nulas respecto de una de las personas que forman una de las partes y al propio tiempo válidas en relación con las demás; la ley sólo autoriza la anulación parcial, tratándose de ilegitimidad de la personería, en el juicio de concurso de acreedores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 453 del código judicial que, por tener carácter realmente excepcional, no es susceptible de aplicación extensiva.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, a treinta y uno de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el juicio promovido por Simón Bolívar Vargas contra María Elisa Amézquita o Bolívar, Martín Abraham Amézquita o Bolivar y Gustavo Amézquita o Bolivar.

Antecedentes

En la demanda inicial del juicio, presentada al juzgado del circuito de Sogamoso, se piden las siguientes declaraciones: "Primero.—Que María Elisa Amézquita o Bolívar, Martín Abraham Amézquita o Bolívar y Gustavo Amézquita o Bolívar, de las condiciones preindicadas, no tienen el carácter de hijos del señor Simón Bolívar Vargas. Segundo.—Que como consecuencia de la anterior declaración se disponga hacer al margen de las partidas de bautismo de los demandados, en la parroquia de Pueblo viejo, las declaraciones de que no son hijos de Simón Bolívar Vargas. Tercero.—Que la parte opositora, en caso de oposición manifiesta, debe pagar las costas procesales".

Se expresa, en resumen, en dicha demanda: a) que el demandante contrajo matrimonio católico el 19 de octubre de 1913 con María Julia Vega; b) que ésta abandonó definitivamente el hogar el día 26 de julio de 1922 y que desde tal fecha, hasta el día de su muerte ocurrida el 24 de septiembre de 1950, no volvió a tener ninguna clase de relaciones con el demandante: c) que la mencionada María Julia Vega, poco tiempo después de haber abandonado el hogar, se trasladó a la población de Pueblo viejo en donde tuvo relaciones sexuales estables, a partir de 1925, con Maximino Amézquita, de quien tuvo los siguientes hijos: María Elisa, Martín Abraham y Gustavo, o sea los demandados.

El juzgado, en el auto de admisión de la de-

manda, resolvió: "Nómbrase como curador **ad litem** del menor Gustavo Hernán Amézquita o Bolívar, al doctor Pedro L. Gámez y Roa, abogado matriculado e inscrito en este juzgado. Désele posesión y disciérnasele el cargo". El curador nombrado tomó posesión del cargo, fue autorizado por el juzgado para ejercerlo, recibió el traslado de la demanda y se opuso a las pretensiones en ella expuestas. Los demás demandados, por medio de apoderado, se opusieron también a que se hicieran las declaraciones pedidas por el demandante.

Denegó el juzgado las peticiones de la demanda en fallo contra el cual interpuso el demandante recurso de apelación para ante el tribunal superior, corporación que, tramitada la respectiva instancia, resolvió: "1º—Declarar que María Elisa, Martín Abraham y Gustavo, hijos habidos por María Julia Vega cuando estaba casada con Simón Bolívar, no son hijos de éste. 2º—Como consecuencia de la declaración anterior, se tomará nota de lo resuelto en esta sentencia, al margen de las partidas de bautismo de los tres demandados, para lo cual se librarán sendos despachos a los párrocos respectivos. 3º—Habiendo prosperado el recurso, no es el caso de hacer condenación en costas".

La casación

El recurrente acusa el fallo por las causales sexta y primera establecidas en el artículo 520 del código judicial. Como la Corte encuentra fundada una de las acusaciones, basada en la causal sexta, se abstiene de considerar las restantes:

Dice el recurrente: "Conforme a los artículos 241 y 242 del código judicial, cuando se trate de un menor adulto que carezca de representación legal, o cuando éste se halle ausente, para comparecer en el juicio, debe ser requerido para que nombre su curador **ad litem** y solamente en caso de renuencia del menor adulto a nombrar un curador capaz que lo represente, puede el juez proceder a designar el curador correspondiente, siendo entendido que si el menor nombra un curador capaz, el juez debe confirmar el nombramiento. En el presente caso el señor juez primero civil del circuito de Sogamoso, según la transcripción de las piezas conducentes procedió a nombrar directamente al menor adulto el curador **ad litem**, sin haberlo requerido previamente; luego el juez se abrogó una facultad que no tenía, volviéndose a incurrir en la causal de ilegitimidad de personería adjetiva, que también invoco como fundamento de este capítulo".

La Corte considera:

a) Que en la demanda que inicia el juicio se expresa que Gustavo Amézquita o Bolívar es "menor de edad (17) a quien se debe proveer de un curador **ad litem** (artículo 241, C. J.)": y en el hecho sexto se anota que el nombrado demandado nació el 6 de febrero de 1935.

b) Que según aparece en la respectiva partida, el mencionado Gustavo nació el 16 de abril de 1934 y fue bautizado el 6 de febrero de 1935 (cuaderno número 3, fl. 7).

c) Que el juzgado, en el auto de admisión de la demanda, nombró curador **ad litem** a dicho demandado y que el curador designado actuó en las instancias en representación del menor.

d) Que el citado Gustavo constituyó apoderado ante la Corte, para fundar el recurso, por medio del memorial recibido en esta corporación el día 16 de abril del presente año, esto es, el día en que llegó a la mayor edad.

e) Que de conformidad con las disposiciones legales citadas por el recurrente, la designación de curador **ad litem** le corresponde, no al juez, sino al menor; y que, como se ha visto, en el caso de que se trata, el curador no fue designado por el menor adulto demandado, sino directamente por el juez sin que a aquél se le hubiera dado portunidad de hacer la respectiva designación.

f) Que, en consecuencia, el demandado Gustavo Amézquita o Bolívar no estuvo debidamente representado en el juicio; hay, por tanto, en éste, una causal de nulidad expresamente prevista en el artículo 448, ordinal 2º, del código judicial.

g) Que, por lo expuesto es fundado el cargo; y debe, por tanto, la Corte infirmar el fallo recurrido y declarar en qué estado queda el juicio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 540 del código judicial.

h) Que en el presente juicio, la parte demandada está formada por varias personas y sólo en una de ellas se advierte ilegitimidad de la personería.

i) Que, a pesar de la circunstancia anotada, no es posible limitar la declaración de nulidad a la persona que no aparece debidamente representada en el juicio, pues como lo ha expresado esta corporación, "la ley no autoriza la anulación del proceso en relación con uno solo de los liti-

gantes que componen una de las partes, bien sea la demandante o la demandada; y ello se explica fácilmente: si se admitiese que determinada actuación es nula en lo que respecta a uno solo de los componentes de cualquiera de las partes, y válida en lo que atañe al otro u otros componentes de la misma parte, se rompería la unidad de la relación procesal con evidente perjuicio del método que debe presidir la actuación y del natural engranaje que se presume en los componentes de cada grupo de contendientes". (G. J. Tomo 49, pág. 903). Se reitera esta doctrina que tiene muy claros fundamentos: no es posible, en efecto, decidir que unas mismas actuaciones judiciales son nulas respecto de una de las personas que forman una de las partes y al propio tiempo válidas en relación con las demás; la ley sólo autoriza la anulación parcial, tratándose de ilegitimidad de la personería, en el juicio de concurso de acreedores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 453 del Código Judicial que, por tener carácter realmente excepcional, no es susceptible de aplicación extensiva.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE:

1º—Casar el fallo recurrido;

2º—Declarar nulo lo actuado a partir del auto en que se admitió la demanda y se designó curador **ad litem.**

Las costas de lo anulado corresponden: la mitad al señor juez del circuito de Sogamoso y a los señores magistrados del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo; la otra mitad al demandante.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el proceso al tribunal de origen.

Alberto Zuleta Angel — Ignacio Gómez Posse. Agustín Gómez Prada — Luis F. Latorre. — Ernesto Melendro Lugo, Srio.

SALA DE CASACION PENAL

EL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD POR DEMORAS EN LA TRAMITACION DE LOS ASUNTOS A CARGO DE UN FUNCIONARIO DE LA RAMA JURISDICCIONAL

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal.—Bogotá, cuatro de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

Con fecha 22 de noviembre de 1952 y por disposición de la Corte se inició este expediente para averiguar la responsabilidad del Fiscal del Tribunal Superior de San Gil, doctor José María Pinilla Prada, por el hecho de haber mantenido sin actuación en el despacho el proceso contra Héctor Santander Galvis, Juez Penal del Circuito de Zapatoca, desde el 23 de septiembre de 1948 hasta el 11 de enero de 1951, o sea por el espacio de 2 años, 3 meses y 18 días, tiempo en el cual prescribió la acción penal correspondiente.

El funcionario incriminado pidió, en el curso de la investigación, se aplicara el artículo 153 del Estatuto Procesal, a cuyo efecto pasaron las diligencias al señor Procurador Segundo Delegado, quien —una vez que se practicaron algunas pruebas por él solicitadas— conceptúa favorablemente al pedimento del doctor Pinilla Prada, "por no haber cometido éste infracción alguna, es decir, aparecer claramente su inocencia en el cargo de demoras en el desempeño de su puesto que se le ha imputado en el presente proceso...".

De lo actuado resulta que el cargo de Fiscal del Tribunal Superior de San Gil, en el tiempo a que la demora se contrae, fue desempeñado por los doctores Lope Posada Azuero del 23 de junio de 1948 al 9 de julio de 1949 (fs. 30 y 33); Alfonso Yhamá, del 9 de julio al 2 de agosto de 1949 (fs. 30 y 38); José María Pinilla Prada, del 2 de agosto al 11 de octubre de 1949; Arturo Ríos García, del 11 de octubre de 1949 al 20 de enero de 1950 (fs. 30, 36 y 39); y nuevamente por José María Pinilla Prada, del 20 de enero de 1950 hasta cuando cesó la demora materia de la investigación, o sea el 11 de enero de 1951 (fs. 30, 46 y 8 v.). Con todo, el Juzgado 2º Penal del Circuito de San Gil —comisionado por la Corte para esclarecer los hechos— sólo halló mérito para recibirle declaración sin juramento al último de los nombrados, cuyo carácter oficial se acreditó en los autos.

En la referida diligencia, el doctor Pinilla Prada admitió que en su despacho cursó efectivamente el proceso contra Héctor Santander Galvis y que en él ocurrieron las demoras que dieron lugar a la prescripción de la acción, pero niega su responsabilidad en ellas. De esa pieza se transcribe lo siguiente, que el señor Agente del Ministerio Público y la Sala encuentran comprobado con las actas de visita de la Fiscalía del Tribunal de San Gil y de los visitadores del Ministerio de Justicia:

"...Me posesioné de la Fiscalía... el dos de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve: aquel día recibí por riguroso inventario seiscientos setenta y seis (676) negocios y trece (13) más sin inventariar... los anaqueles de la Fiscalía estaban atestados de expedientes y no había allí libro radicador de entradas desde mil novecientos cuarenta y siete... Posesionado ya principié a despachar a ritmo acelerado, trabajando de día y de noche, en la oficina y en la casa; de suerte que en la estadística del citado mes de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve se anotaron setenta y ocho (78) negocios entrados y ciento siete (107) salidos... Se inició el año de mil novecientos cincuenta con seiscientos setenta y dos (672) en la oficina y finalizó con doscientos ochenta y seis (286); es decir con una excedencia... a mi favor de trescientos ochenta y seis (386) negocios; entraron aquel año mil ochenta y dos (1.082) y salieron mil cuatrocientos sesenta y ocho (1.468). Conocidos es-

tos datos, es fácil adivinar la razón de muchas demoras que allí ocurrieron; poner la oficina al día era cuestión de mucho tiempo, y en tanto que ello ocurriera resultaba menos que imposible evitar demoras como la que se anotó en el negocio del doctor Santander; tuve el cuidado si de dar prelación a todos aquellos negocios que a mi juicio eran más importantes, procurando de esta suerte que las demoras mayores y las prescripciones que ocurrieran afectaran los asuntos de menor interés, entre los que cuento varios sumarios de primera instancia en que por no haber encontrado mérito para abrir causa criminal, en la breve ojeada que verifiqué desde el principio del desempeño de mi cargo, me pareció prudente y poco perjudicial tenerlos en mi oficina hasta tanto saliera de los más gravosos y también de los más antiguos de permanencia en mi oficina.

"Así las cosas, el negocio del doctor Santander vino a salir el once de enero de mil novecientos cincuenta y uno; creo que por aquellos mismos días salieron otros de primera instancia. Según los datos del año de mil novecientos cincuenta, el de mil novecientos cincuenta y uno se inició con doscientos ochenta y seis (286) negocios; y si el concepto en el sumario a que me refiero estaba fechado el once de enero, resulta evidente que restaban aún en la Fiscalía muchos expedientes que requerían ser devueltos igual que el del citado doctor Santander; de esta suerte, pudo haberse demorado mucho tiempo más aquel negocio, y dicha demora mayor se había justificado también plenamente, pues resultaba imposible despachar o devolver todos los negocios a un tiempo mismo y con su correspondiente concepto. Es importante anotar aquí que toda esta situación la puse oportunamente en conocimiento del Ministerio de Justicia, y que mi proceder futuro estuvo siempre respaldado por dicho Ministerio... El Fiscal del Tribunal sólo cuenta con un subalterno en su oficina, el cual se denomina actualmente Oficial Escribiente, y su principal misión es la de mecanografiar lo que le dicto; y no se crea que el trabajo de este empleado subalterno es poco, pues el promedio de vistas fiscales no ha sido nunca inferior a cinco por día... Es necesario recordar que la misión del Ministerio Público no es sólo la de emitir conceptos en negocios judiciales; otras actividades existen que roban tiempo precioso a la devolución ordinaria de los negocios que llegan a una Fiscalía; amén de los datos estadísticos que hasta aquí he traído, durante mi paso por la Fiscalía he cumplido varias comisiones importantes del Ministerio de Justicia, de la Procuraduría General de la Nación y aun de la Corte Suprema de Justicia; se relacionaba esta última con una acusación intentada contra los Magistrados del Tribunal Superior; he atendido infinidad de reclamos formulados verbalmente o por escrito: he practicado visitas a varios Juzgados y por último y es esto si se quiere lo más gravoso, tengo que notificarme diariamente de todas las providencias dictadas por el Tribunal, entre las que no hay para qué citar las de simple sustanciación que por año no son menos de cinco mil.

"Pero qué decir de las providencias de fondo, sentencias y autos interlocutorios, cuya lectura demanda tiempo, cuidado y atención? Estas labores las he cumplido desde el primer día y así para el once de enero de mil novecientos cincuenta y uno constituían ya una nueva y poderosísima razón que justificaba aún más las demoras que por aquel entonces se anotaban en la Fiscalía. Con todo, corrido el año de mil novecientos cincuenta y uno, la oficina a mi cargo pudo rendir informe estadístico anotando como remanente en la Fiscalía para el veinte de diciembre de dicho año, cuarenta y cuatro (44) negocios. Y ya el veinte de febrero de mil novecientos cincuenta y dos pude al fin, después de muchos esfuerzos, desvelos y preocupaciones, informar al señor Presidente de la República, al Ministerio de Justicia y al Procurador General de la Nación, que la Fiscalía del Tribunal Superior de San Gil se hallaba en cero negocios en el momento de escribir las notas correspondientes... Desde la última fecha citada en adelante, la Fiscalía ha continuado despachando sus negocios dentro de los términos legales o con muy pequeñas demoras impuestas por la enorme cantidad de expedientes que permanentemente se movilizan... Si alguna vez la Fiscalía del Tribunal Superior de San Gil fue refugio de impunidad, ello desapareció totalmente gracias a que hubo quien se preocupara más de lo normal por poner remedio a una situación cuyo origen sólo se explica considerando que los Fiscales anteriores, sin dejar de cumplir con su deber, se dedicaron a despachar sólo los negocios con preso cuya cantidad genera trabajo suficiente para los dos empleados con que siempre ha contado la Fiscalía, es decir el Fiscal y el Oficial Escribiente. De esta suerte, estoy seguro que si yo hubiese actuado con el criterio de mis antecesores y me hubiese limitado a trabajar sólo en horas de oficina, habría rendido apenas una labor

equivalente a la tercera parte de la que hasta hoy he desarrollado, pero persona alguna habría tenido razones para tacharme por falta de cumplimiento del deber ni por cortedad en la labor así cumplida, que por sí sola habría sido bastante. Pero procediendo así, la Fiscalía no estaría al día, como está hoy, sino muy al contrario, pues se hallaría con una cantidad de negocios infinitamente superior a la que recibí en la fecha de mi posesión... Pero no todas aquellas demoras se originan en negligencias de los funcionarios, sino en verdadera imposibilidad física dada la enorme cantidad de negocios que cursan permanentemente en el Juzgado, Fiscalías, Tribunales y Corte Suprema de Justicia...".

La Corte ha dicho que "Para imputar un delito de abuso de autoridad por demoras a un funcionario de la rama jurisdiccional, no basta la sola demostración del elemento objetivo o material"; que "es necesario e indispensable la comprobación del elemento subjetivo o moral, proveniente de aquella negligencia o descuido u omisión del funcionario en el cumplimiento de su deber, o la intención dolosa de rehusar, hacer o ejecutar un acto que por imperativo de la ley debe cumplirse", y que "El solo hecho de la demora no conlleva el poder suficiente para demostrar que la falta le es imputable al autor, y por consiguiente, sancionable". (LXIV, 897).

De los datos estadísticos que el doctor Pinilla Prada adujo al rendir indagatoria y de otros elementos de prueba allegados al proceso, resulta establecido en forma satisfactoria que, si en verdad en el expediente contra el Juez del Circuito de Zapatoca doctor Santander Galvis se presentaron demoras como la que es materia de esta investigación, no obedecieron a negligencia, descuido, omisión ni menos intención dolosa del Fiscal acusado.

El intenso trabajo de la Fiscalía del Tribunal Superior de San Gil por el tiempo de las demoras investigadas aparece demostrado de autos. Según la diligencia de inspección ocular visible al folio 30, el doctor José María Pinilla Prada recibió el 2 de agosto de 1949, al iniciar sus labores, un número considerable de negocios; y fue tal su "excelente rendimiento de trabajo", que el 20 de febrero de 1952 se encontraba al día su despacho, lo que fue objeto de merecido aplauso tanto del Ministerio de Justicia como de la Procuraduría General de la Nación y de la Presidencia de la República. Sobre su celo e interés en el cumplimiento de las funciones a él encomendadas, se expresa así el Colaborador de la Sala: "está comprobado que por parte del doctor Pinilla Prada se ha desplegado en el ejercicio de su cargo una de las más laudables y meritorias labores de actividad y eficacia, verdadero ejemplo para toda clase de funcionarios públicos y que la Procuraduría se complace en reconocer nuevamente en toda su plenitud".

No consta, pues, que con la demora de que aquí se trata se infringiera la ley penal, y por ello es procedente darle aplicación a lo dispuesto en el artículo 153 del Estatuto procesal respectivo, por la tercera de las hipótesis allí previstas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, previo concepto favorable del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, DECLARA que el hecho imputado no se considera en la ley como infracción y ordena cesar todo procedimiento contra el doctor José María Pinilla Prada.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese el expediente.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — Julio E. Argüello, Secretario.

RECURSO DESIERTO. — SE ORDENA DEVOLVER AL TRIBUNAL SUPERIOR UN PROCESO POR HABER PERDIDO LA CORTE LA JURISDICCION SOBRE EL.

1.—La notificación personal de que tratan los artículos 168 y 173 del Estatuto Procesal se refiere a la tramitación ordinaria de los procesos en las correspondientes instancias, y en ningún caso a las actuaciones relacionadas con la CASACION y la REVISION que en los capítulos I y II del Título IV, Libro 3º, de la misma obra se reglamentan especialmente, bajo la común denominación de "Recursos Extraordinarios".

2.—Las nulidades constitucionales y legales aluden exclusivamente a la prosecución regular de los juicios: sólo cuando en éstos se han producido pueden ellas alegarse en casación (causal 4ª), y ello no para que la Corte las declare, sino para devolverle al Tribunal de origen el proceso, de conformidad con lo previsto en el ordinal b) del artículo 570 del C. de P. P.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, cinco de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco.

Como ningún recurso se instauró, debida y oportunamente, contra la providencia de 21 de junio último, por la cual se declaró DESIERTO el de casación interpuesto por el señor defensor de Amado Martínez de los Reyes y Rubén Darío González Gómez, la Corte perdió toda jurisdicción sobre el presente negocio, al tenor de lo estatuído en los artículos 146 —ordinal 3º— y 148 del Código Judicial, en armonía con lo dispuesto en el 7º del Código de Procedimiento Penal.

Sin embargo, lo dicho no es óbice para observar que la notificación personal de que tratan los artículos 168 y 173 del Estatuto Procesal se refiere a la tramitación ordinaria de los procesos en las correspondientes instancias, y en ningún caso a las actuaciones relacionadas con la casación y la revisión que en los Capítulos I y II del Título IV, Libro 3º, de la misma obra se reglamentan especialmente, bajo la común denominación de "Recursos Extraordinarios". De igual manera, las nulidades constitucionales y legales aluden exclusivamente a la prosecución regular de los juicios: sólo cuando en éstos se han producido pueden ellas alegarse en casación (causal 4ª), y ello no para que la Corte las declare, sino para devolverle al Tribunal de origen el proceso, de conformidad con lo previsto en el ordinal b) del artículo 570 ibidem.

En consecuencia, se ordena devolver este expediente al Tribunal Superior de Barranquilla.

Cúmplase.

Jesús Estrada Monsalve — Julio E. Argüello, Secretario.

NULIDADES. — ERROR EN CUANTO AL NOMBRE O APELLIDO DE LA PERSONA RESPONSABLE O DEL OFENDIDO. — ERROR RELATIVO A LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION

1—La causal de nulidad por haberse incurrido en error en cuanto al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido, tiene como fundamento esencial un principio de equidad y de justicia, consistente en evitar que personas inocentes, por un error de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional, sean injustamente condenados. El error puede provenir de un concepto equivocado o de un juicio falso en relación con el nombre y apellido de la persona responsable o del ofendido; en el primer caso, la responsabilidad se predica de un sujeto que sin haber cometido el hecho y sin haber sido sometido a juicio, injustamente se le condena; en el segundo, el error consiste en declarar como ofendido —sujeto pasivo del delito— a persona que no ha sufrido ningún daño que afecte su integridad personal o patrimonial, errores que pueden ser la resultante de una fatal homonimia entre las personas sujetas a responsabilidad o la que lleva el carácter de ofendida y aquella que por una accidental coincidencia lleva el mismo nombre o apellido.

La nulidad proveniente de esta causal, no tiene ninguna importancia jurídica como sistema para invalidar la actuación, cuando en las constancias procesales y por los medios que la ley señala se demuestra la identidad de las personas, bien sea del responsable o del ofendido. Identidad de ser una misma la persona que se responsabiliza o declara ofendida, con aquella que por una u otra circunstancia lleva dos o más nombres o apellidos, o que por figurar con determinado nombre en el registro civil o eclesiástico o en el trato familiar, a la postre —identificadas— resultan ser las mismas a quienes en el proceso penal se declara como responsables o como ofendidas. Despejada la duda, aclarada al confusión y establecida la identidad física de la persona, la nulidad —se repite— no tiene ninguna operancia jurídica, como sistema para invalidar la actuación procesal.

2—La nulidad proveniente de haber incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, sólo se estructura cuando el llamamiento a juicio se hace por un delito que no corresponda a la denominación que le dá el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título cuando éste no se divide en capítulos, sin determinar dentro del GENERO DEL DELITO LA ESPECIE A QUE PERTENEZCA, ni señalar el artículo especial que se considere aplicable. El género del delito es la denominación común que la ley sustantiva asigna a determinados hechos; el género, término empleado por la ley, es lo que siendo común a varios delitos no corresponde especial o privativamente a uno de ellos, para distinguirlo específicamente con exclusión de los otros.

En la denominación genérica del delito se comprende el hecho base sancionado por la ley, como homicidio, lesiones personales, robo, estafa, violencia carnal, y dentro de ese género, factor dominante del hecho, se encuentran catalogadas las distintas especies o modalidades específicas del delito que abarca la denominación genérica; así en el género homicidio, se catalogan las especies de homicidio agravado, preterintencional, concausal, culposo o por piedad, lo mismo ocurre con los otros delitos, y para el caso, en la denominación genérica "de violencia carnal" está la denominada por los autores "violencia carnal ope legis".

Lo que la ley exige es que en la parte motiva del auto de proceder se determinen y especifiquen las condiciones y características que tipifican el hecho dentro del género respectivo. En dicho pasaje es en donde se analizan las pruebas que demuestran el cuerpo del delito y la imputación que se hace al procesado, ya que la parte motiva del auto de proceder puede ser modificada,

ora por el Juri —juicios por jurado— o bien por el Juez —juicios de derecho— de acuerdo con las pruebas que se alleguen al proceso. Lo inmodificable —ha dicho la Corte—, es la parte resolutiva del auto de proceder; cuando el llamamiento a juicio está equivocado por error en la denominación jurídica del delito, el proceso es nulo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre quince de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

En providencia de doce de noviembre de mil novecientos cincuenta y tres, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali condenó a Armando Illera Martínez, como responsable de los delitos de violencia carnal y aborto, a la pena principal de cuatro años de prisión, y a María Josefa Delgado de Ramos, como responsable del delito de aborto, a la pena principal de cinco años de presidio.

Contra este fallo, los doctores Jorge E. Cruz —apoderado de María Josefa Delgado— y Aníbal Prado —apoderado de Armando Illera Martínez— interpusieron recurso de casación, el cual procede la Corte a resolver, previas las siguientes consideraciones:

Luz María —hija natural de Esneda González o Moreno y Carlos Aníbal Hoyos— tenía su residencia en la ciudad de Cali. Vivía en compañía de Felisa Hoyos v. de Albán, abuela paterna, Lola y Aura, hermanas del denunciante. "En esta casa —dice la ofendida— que ha sido la mía, conocí al Subteniente Armando Illera Martínez y desde que él me conoció aquí nos enamoramos, pues él venía como amigo de la familia". El treinta y uno de marzo de mil novecientos cuarenta y siete, en las primeras horas de la noche, la llevó al solar de la casa; allí le "quitó los calzones" y la poseyó carnalmente; en ese entonces ella era virgen y no había conocido a ningún otro hombre, por eso dice —refiriéndose a Illera— "él me ocasionó mi deshonra". Posteriormente, en el mismo sitio, ejecutaron varias veces el acto carnal.

El diez y nueve de enero de mil novecientos cuarenta y ocho, Luz María o Mariela González, manifestó a Illera que "no le venía la regla" (menstruación), replicando aquél "que esperáramos unos días y que si no se me presentaba me llevaba donde un médico"; como el período menstrual se demorara, Illera le dijo: "que fuera donde el doctor Emiro Ochoa", quien le formuló unas inyecciones que fueron compradas por aquél y luégo aplicadas en días consecutivos por el doctor Ochoa; pero la menstruación no le vino, opinando el doctor Ochoa que estaba embarazada. Posteriormente, Illera le dijo que había conseguido una mujer para que le hiciera venir la menstruación; en efecto, le dio la dirección de María Josefa Delgado —calle 15, carreras 9 y 7ª número 6-56-A—. "Esa señora Delgado —dice la ofendida— me atendió y ordenó a las gentes que había en su casa que se fueran y quedamos ella y yo solas y me hizo acostar en una cosita como de médico, y ví que sacó una cosa como de caucho larga y rosada y me la metió por allí por donde orino y con un aparato de lata me fue metiendo el caucho y me metió unos algodones y me dio una pastilla para tomar en mi casa si sentía mucho dolor". Al día siguiente volvió donde la Delgado, quien le manifestó que no se quitara ni la sonda ni los algodones, "pero como ese día por la tarde sintiera dolores intensos —dice Mariela— yo me fui al inodoro y me extraje primero el tapón de algodón y luégo ví un un poquito de sangre y entonces extraje también la sonda, después de lo cual se me vino un cuerpo duro como en la forma de un huevo".

Como consecuencia de estas maniobras, opinan los médicos legistas, "hubo perforación de la parte uterina y de ahí ha provenido la infección peritoneal cuya sintomatología es clara en todo su sindroma".

El treinta y uno de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho, se produjo el deceso de Luz Mariela; los peritos después de practicar la autopsia médico-legal, expresan:

"Por lo expuesto, y observando el cadáver de la niña Luz Mariela Albán González, concluímos que la causa de la muerte fue debida a una peritonitis crónica generalizada, cuya causa fue la ruptura de la pared posterior del útero producida por torpes maniobras abortivas".

Auto de proceder — Cuestionario

Sobre estos hechos, y con base en las pruebas allegadas al sumario, el Juzgado, el diez de julio de mil novecientos cincuenta, llamó a responder en juicio a Armando Illera Martínez y María Josefa Delgado de Ramos, por los delitos de

violencia carnal y aborto, al primero, y por el delito de aborto a la segunda, providencia que al ser revisada por el Tribunal fue confirmada en auto de trece de octubre de mil novecientos cincuenta y uno.

A la consideración del Jurado se sometieron los siguientes cuestionarios:

"¿El acusado **Armando Illera Martínez**, es responsable de haber tenido acceso carnal con Luz Mariela o Mariela o Luz María Albán o González o Albán González o González Albán o González Moreno o Moreno González, mujer menor de 14 años de edad, siendo asimismo la ofendida virgen y de irreprochable honestidad; hecho que tuvo lugar el 31 de marzo de 1947, en la ciudad de Cali, Departamento del Valle del Cauca?".

"El Jurado contestó: **Sí es responsable**".

"¿El acusado **Armando Illera Martínez**, es responsable de haber obrado como cómplice necesario de María Josefa Delgado de Ramos, en cuanto instigó a la menor Luz María o Luz Mariela Albán o González Moreno, para que acudiera donde la Delgado, a fin de que ésta le practicara maniobras abortivas, lo que ya había convenido Illera con la acusada Delgado, pues la ofendida se encontraba embarazada, tendientes dichas maniobras abortivas a eliminar la vida del feto, lo cual real y efectivamente consiguió la Delgado y sin que la ofendida hubiera prestado su consentimiento para el aborto; habiéndose asímismo ocasionado la muerte de la ofendida debido a peritonitis crónica generalizada, por ruptura de la pared posterior del útero; hecho que tuvo lugar en un lapso comprendido entre los últimos días de enero de 1948 y el 31 de marzo del mismo año, en Cali, Departamento del Valle del Cauca?".

"El Jurado contestó: **Sí es responsable**".

"La acusada **María Josefa Delgado de Ramos**, es responsable de haber causado el aborto, por medio de maniobras abortivas, a la menor Luz María o Luz Mariela Albán o González o Moreno, sin consentimiento de ésta, ya que ignoraba fuera a practicársele aborto y encontrándose embarazada; maniobras abortivas empleadas por la acusada con el fin de eliminar la vida del feto, lo que consiguió real y efectivamente, habiéndose producido como consecuencia de dichas maniobras la muerte de la ofendida, debido a peritonitis crónica generalizada, por ruptura de la pared posterior del útero; hechos que tuvieron lugar, el de aborto y el de la muerte, en un lapso comprendido entre los últimos días de enero de 1948 y el 31 de marzo del mismo año, en la ciudad de Cali, Departamento del Valle del Cauca?".

"El Jurado contestó: **Sí es responsable**".

En desarrollo de este veredicto el Juzgado dictó sentencia, la que al ser revisada fue modificada por el Tribunal y hoy es objeto del presente recurso de casación.

DEMANDA

Varias son las causales de casación que se invocan para impugnar el fallo recurrido; la de los ordinales 4º, 1º, 2º y 7º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, por el apoderado de María Josefa Delgado, y la 4ª y 5ª de la disposición citada, por el apoderado de Armando Illera Martínez; finalmente se alega la nulidad de orden constitucional, con fundamento en el artículo 26 de la Carta.

Causal cuarta

Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Dentro de esta causal se aducen varios motivos que —en concepto de los recurrentes— son suficientes para invalidar la sentencia. La Corte examina por separado cada uno de ellos, en la siguiente forma:

a) Error en cuanto al nombre de la ofendida

Acusan la sentencia por violación del numeral 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto en el juicio "no se ha establecido con plenitud si Luz Mariela Albán es la misma Luz Mariela González o Moreno o Moreno González, bautizada en Bugalagrande en junio de 1933", error que "crea una grave duda sobre la identidad de la persona, aspecto que cobra mayor relieve si se tiene en cuenta que para la calificación jurídica de la infracción juegan papel primordial unos pocos meses en la edad del sujeto pasivo del reato", y por error en cuanto al apellido de la procesada.

b) Error en cuanto al nombre de la procesada por el delito de aborto

"La acusada —dice el recurrente— es mujer casada y no precisamente con señor de apellido Ramos, sino con Wenceslao Barona, individuo cuya existencia está también probada".

"Yo he sostenido —dice el recurrente— que no es lo mismo procesar a María Josefa Delgado de

Ramos que a María Josefa Delgado de Barona. Pero aquí la teoría de la identidad tiene obnubilados (sic) a los Magistrados del Tribunal de Cali, que quizás, por esto y por algunas otras cosas, la Corte va a dejar cesantes".

La causal de nulidad por haberse incurrido en error en cuanto al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido, tiene como fundamento esencial un principio de equidad y de justicia, consistente en evitar que personas inocentes, por un error de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional, sean injustamente condenados. El error puede provenir de un concepto equivocado o de un juicio falso en relación con el nombre y apellido de la persona responsable o del ofendido; en el primer caso, la responsabilidad se predica de un sujeto que sin haber cometido el hecho y sin haber sido sometido a juicio, injustamente se le condena; en el segundo, el error consiste en declarar como ofendido —sujeto pasivo del delito— a persona que no ha sufrido ningún daño que afecte su integridad personal o patrimonial, errores que pueden ser la resultante de una fatal homonimia entre las personas sujetas a responsabilidad o la que lleva el carácter de ofendida, y aquella que por una accidental coincidencia lleva el mismo nombre o apellido.

La nulidad proveniente de esta causal, no tiene ninguna importancia jurídica como sistema para invalidar la actuación, cuando en las constancias procesales y por los medios que la ley señala se demuestra la identidad de personas, bien sea del responsable o del ofendido. Identidad de ser una misma la persona que se responsabiliza o declara ofendida, con aquella que por una u otra circunstancia lleva dos o más nombres o apellidos, o que por figurar con determinado nombre en el registro civil o eclesiástico o en el trato familiar, a la postre —identificadas— resultan ser las mismas a quienes en el proceso penal se declara como responsables o como ofendidas. Despejada la duda, aclarada la confusión y establecida la identidad física de la persona, la nulidad —se repite— no tiene ninguna operancia jurídica, como sistema para invalidar la actuación procesal.

En el auto de proceder, en el incidente de nulidad, en el acto público de la audiencia y en la respectiva sentencia, fueron dilucidados estos temas, y, previo análisis de las pruebas se llegó a al conclusión de que Luz Mariela o Mariela o Luz María Albán o González o Albán González o González Albán, o González Moreno o Moreno González, como se la determina en el cuestionario y lo afirma el Juri, responde a una sola persona que en este proceso tiene el carácter de ofendida.

Otro tanto puede afirmarse de María Josefa Delgado de Ramos, de quien —dice el recurrente— no ser la misma María Josefa Delgado de Barona; pero resulta que, si bien es verdad que en la partida de matrimonio aparece María Josefa Delgado, casada con Wenceslao Barona, en la diligencia de indagatoria, en el auto de proceder, en la diligencia de careo y en multitud de actos procesales, aparece firmando como María Josefa Delgado de Ramos; es decir, se trata de una misma persona que ha sido identificada físicamente y con precisión, que es lo que la ley exige; en estas condiciones, los Magistrados del Tribunal interpretaron debidamente el principio de identidad.

En consecuencia, por estos motivos, la nulidad alegada no prospera.

c) Haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción

"Se ha incurrido en error relativo a la denominación de la infracción —dice el recurrente— pues Armando Illera Martínez fue llamado a responder en juicio por un delito de violencia carnal ope legis, sin que estas circunstancias aparezcan legalmente acreditadas en los autos" y a renglón seguido expresa que el estudio de este problema conduce a examinar los elementos constitutivos de la infracción que son la base de la comprobación del cuerpo del delito.

"La ley exige que la violencia carnal ope legis, se ejecute verificando el acceso carnal con persona menor de catorce años... luego esta circunstancia especial debe aparecer plenamente demostrada para que haya cuerpo de delito. Si esta circunstancia no se demuestra con plenitud como lo manda la ley, se incurre en un error en la denominación jurídica de la infracción".

d) Error en cuanto a la época en que se cometió el delito

"Lo que debió demostrarse plenamente —dice el recurrente— para proferir el enjuiciamiento, era que Luz Mariela Albán había sido desflorada antes de cumplir los catorce años. Este hecho no se demostró en forma alguna, únicamente se aceptó como única prueba la exposición de la

niña... Y como no hay ningún elemento que acredite que esta menor fue desflorada antes de cumplir los catorce años, también se ha incurrido en error en cuanto a la época en que se dice se cometió la infracción y con base en el artículo 272 del C. de P. P. y el numeral 8º del artículo 198 de la misma obra, pido que se case la sentencia por este aspecto".

La nulidad proveniente de haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, sólo se estructura cuando el llamamiento a juicio se hace por un delito que no corresponda a la denominación que le dá el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título cuando éste no se divide en capítulos, sin determinar dentro del **género del delito la especie a que pertenezca**, ni señalar el artículo especial que se considere aplicable. El género del delito es la denominación común que la ley sustantiva asigna a determinados hechos; el género, término empleado por la ley, es lo que siendo común a varios delitos no corresponde especial o privativamente a uno de ellos, para distinguirlo específicamente con exclusión de los otros.

En la denominación genérica del delito se comprende el hecho base sancionado por la ley, como homicidio, lesiones personales, robo, estafa, violencia carnal, y dentro de ese género, factor dominante del hecho, se encuentran catalogadas las distintas especies o modalidades específicas del delito que abarca la denominación genérica; así en el género homicidio, se catologan las especies de homicidio agravado, preterintencional, concausal, culposo o por piedad, lo mismo ocurre con los otros delitos, y para el caso, en la denominación genérica "de violencia carnal" está la denominada por los autores "violencia carnal ope legis".

Lo que la ley exige es que en la parte motiva del auto de proceder se determinen y especifiquen las condiciones y carcterísticas que tipifican el hecho dentro del género respectivo. En dicho pasaje es en donde se analizan las pruebas que demuestran el cuerpo del delito y la imputación que se hace al procesado, ya que la parte motiva del auto de proceder puede ser modificada, ora por el Juri —juicios por Jurado— o bien por el Juez —juicios de derecho—, de acuerdo con las pruebas que se alleguen al proceso. Lo inmodificable —ha dicho la Corte— es la parte resolutiva del auto de proceder; cuando el llamamiento a juicio está equivocado por error en la denominación jurídica del delito, el proceso es nulo.

En el caso sub-judice, tanto el Juzgado como el Tribunal —parte motiva del auto de proceder— dejaron plenamente establecido y sin lugar a dudas, que el hecho cometido por Armando Illera Martínez era un delito de violencia carnal (ope legis) ejecutado en mujer menor de catorce años, pues la ofendida nació el nueve de junio de mil novecientos treinta y tres, y el desfloramiento tuvo lugar el treinta y uno de marzo de mil novecientos cuarenta y siete, afirmación que se demuestra con la prueba múltiple de diverso orden que reposa en el proceso. Y en la misma providencia —parte resolutiva— **se hizo** el llamamiento a juicio por un delito de la "violencia carnal" previsto y sancionado en el Título XII, Capítulo I, Libro II del Código Penal; no se dijo que se llamaba a juicio por un delito de violencia carnal (ope legis) porque esto sería injurídico.

Relacionado con el tema que se estudia, está el relativo a error en cuanto a la época en que se cometió la infracción, pues no existiendo ningún elemento que acredite que esta menor fue desflorada antes de cumplir los catorce años — expresa la demanda— también se ha incurrido en error en cuanto a la época en que se dice se cometió la infracción.

Seguramente, el demandante confunde la fecha o día preciso en que se realiza un acontecimiento, con la época en que se cometió la infracción, vocablos que, en el uso corriente, tienen significados distintos; el primero, hace referencia a términos judiciales o días ciertos en los cuales debe cumplirse un acto procesal; el segundo, comprende un período de tiempo que se determina "por los hechos históricos durante él acaecidos", período que en el proceso penal se circunscribe por múltiples factores que individualizan la época en que se cometió la infracción, y, en este caso, ella es determinada por la declaración de la ofendida, por la prueba testimonial, por el dictamen médico legal y por el reconocimiento expreso que de ella hizo el Juri.

"Admitido, pues por el Jurado —dice la Procuraduría— que Armando Illera Martínez tuvo acceso carnal con Luz María o Luz Mariela Albán o González Moreno, el 31 de marzo de 1947, cuando ésta era menor de catorce años, al juzgador de derecho no le quedaba otro recurso que condenar al procesado como responsable del delito de violencia carnal, conforme al inciso segundo del artículo 316 del estatuto penal, pues-

to que el Jurado estimó probado el cuerpo del delito y plenamente acreditada la responsabilidad del procesado.

"Y no se podría argüir que el Jurado aceptó la fecha que señaló la ofendida, por una ligereza y sin lograr descubrir el alcance de tal afirmación, puesto que el defensor del procesado los puso alerta sobre el particular, como consta en las respectivas actas de la audiencia.

"Observar —les dijo— que en este cuestionario no se determina bien el nombre da ofendida, de manera que no se sabe con seguridad la verdadera identidad de la niña. Por este solo aspecto se debe contestar al cuestionario con un NO. Ahora os pregunto: en cuanto a la fecha del 31 de marzo de 1947, de que habla el cuestionario, vosotros podéis saber si fue en esa fecha que Mariela González perdió el himen? Eso sólo se podría probar con examen hecho veinte días después del hecho. Y como aquí hay una tremenda duda, podéis contestar así: **No es responsable por la duda; o no es responsable por falta de pruebas...**".

"De tal suerte que no es posible entrar a desconocer las pruebas que el Jurado justipreció en conciencia, puesto que, como reiteradamente lo ha dicho la jurisprudencia, el Tribunal popular goza de toda amplitud para valorarlas, y su decisión sólo puede ser impugnada como contraria a la evidencia de los hechos por los juzgadores de instancia, pero en ningún caso en el recurso extraordinario de casación".

Pretender que se analicen —como lo sugieren los recurrentes— los elementos que integran el cuerpo del delito en su conjunto de hechos y pruebas, para de allí deducir el error en cuanto a la denominación jurídica del delito y de la época, sería nada menos que dar cabida a la causal segunda de casación, en los juicios por Jurado. Este motivo es inoperante.

e) Error en aceptar la constitución de parte civil, sin estar legalmente acreditada la personería del demandante.

"La intervención de la parte civil —dice el demandante— en la forma que ésta ha actuado, viola todos los preceptos procedimentales. Se viola el principio de la reserva del sumario. Se viola el artículo 24 del C. de P. P. porque la acción civil sólo la pueden ejercer los herederos y esta prueba tampoco fue allegada al proceso".

La intervención de una persona con carácter de parte civil sin estar debidamente acreditada la personería del demandante, no es causal de nulidad. Estas —las nulidades— se hallan expresamente determinadas y reconocidas por la ley, y, el juzgador, no tiene facultad legal para erigir en causal de nulidad hechos que no han sido previamente reconocidos por ella. El ejercicio de la acción civil —dentro del proceso penal— sin estar debidamente acreditada la personería del actor, conduce, por lógica consecuencia, a no aceptar la demanda y a rechazarla por ilegitimidad de personería del demandante, pero esta irregularidad no comporta sanción de nulidad en la actuación procesal; ella tiene plena validez para demostrar los hechos y la responsabilidad del acusado, en relación con el delito que se le imputa y por el cual se le juzga. (Artículo 122 del C. de P. P. y 450 del C. J.).

f) Haber reemplazado ilegalmente uno de los miembros del Jurado.

"Se realizó el cambio de un Jurado, sin la presentación de la prueba de impedimento y sin que este impedimento hubiera sido manifestado dentro del término legal de que el Jurado dispone. Y como si esto fuera poco, se verificó el sorteo de otro Jurado, fuéra del término legal que manda el artículo 514 del C. de P. P."

Cuando la persona designada para intervenir en un proceso penal como miembro del Jurado, se halla comprendida en alguno de los impedimentos que la ley señala (artículo 493 del C. de P. P.), su deber es manifestarlo ante el Juez de la causa, para que este funcionario proceda a reemplazarlo. Es natural, que la separación de un Jurado no se funda en la simple manifestación del impedimento, sino en la expresión de motivos o razones que lo justifican para que el Juez, con conocimiento de causa, pueda removerlo. Cuando por cualquier circunstancia la persona designada no hace esa manifestación, las partes o sus representantes legales pueden pedir la remoción, facultad que la ley otorga al juzgador, para que oficiosamente y sin petición de parte pueda verificar el cambio del Jurado impedido.

La nulidad proveniente de esta irregularidad —cambio de Jurado— no es absoluta sino relativa, por consiguiente, subsanable por el transcurso del tiempo; de allí que quien alega la nulidad debe hacer el reclamo correspondiente en el acto del sorteo o dentro de los cinco días si-

guientes a aquél en que se produjo, pero estas nulidades no pueden considerarse en el recurso extraordinario de casación, si quien las invoca no demuestra haber cumplido previamente con las exigencias del numeral 3º del artículo 199 del C. de P. P., máxime cuando la separación del Jurado —como en el caso de estudio— se halla legalmente protocolizada por auto del funcionario debidamente notificado a las partes y a sus representantes, quienes ahora sin cumplir los requisitos formales, invocan la nulidad. Por tanto, el cargo es inoperante.

g) No haberse aplicado al caso la ley más favorable al procesado.

"Es principio constitucional, penal y legal que en materia penal, la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior, se aplicará a la restrictiva o desfavorable. Cuando se cometió el delito, regían las disposiciones que constituían el Jurado de conciencia con cinco ciudadanos. Posteriormente se dispuso que fueran solamente tres. "En este caso —dice el recurrente— era más favorable para María Josefa Delgado Barona el juzgamiento por un Tribunal integrado por cinco personas antes que por tres".

Es evidente que, "en materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable" pero, también es cierto que, para invocar la nulidad proveniente de este principio constitucional, no basta el simple enunciado de ella, sino la demostración de que, efectivamente, la ley que se invoca era más favorable a los intereses del procesado, que aquella que se tuvo en cuenta en el respectivo fallo o en la tramitación del negocio.

"Si la casación —ha dicho la Corte— se funda en una discordancia entre la sentencia impugnada y la ley, corresponde, por lo tanto, al recurrente, motivar su tesis para destruir la presunción de juricidad que ampara el fallo acusado. La sustentación es el recurso mismo y constituye la nota diferencial suprema que los separa de otros medios comunes que rigen en las instancias Por eso la casación es defensa extraordinaria de la legalidad, y, como tal, está sometida a particulares requisitos de forma y de fondo".

Mas, como en el presente caso el motivo que se alega como causal de casación —nulidad constitucional— no está fundada y carece de motivación, la Corte prescinde de su estudio, porque le está vedado suplir las deficiencias de la demanda o completar el pensamiento del recurrente para hacer viable la causa.

Causal quinta

No expresar la sentencia clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados.

"En la sentencia —expresa el recurrente— no se dice que Illera hubiera instigado a María Josega Delgado a cometer el delito de aborto. Se sugiere que insinuó a Luz Mariela que lo cometiera, pero esto no se dice con claridad por cuanto se ha sentado en el auto de proceder y en la sentencia que Luz Mariela no sabía que iba a hacer donde la comadrona María Josefa Delgado. Por tanto no puede hablarse de que el procesado sea un instigador de la niña, pues ella no consentía en la comisión de un delito. Y si fue instigador de ella entonces se violaron las formas propias del juicio puesto que Luz Mariela debió ser indagada en este proceso y respecto a su caso debió declararse suspendido el procedimiento por muerte de la menor".

Tanto la Constitución como la ley determinan que la sentencia que decide lo principal del juicio debe contener una parte motiva y otra resolutiva. En la primera, se determinan los requisitos de forma y los fundamentos jurídicos de aquellos hechos que se estiman probados en relación con el delito, la personalidad de sus autores, circunstancias de mayor o menor peligrosidad, eximentes o agravantes de la responsabilidad, elementos que constituyen las premisas de la sentencia; en la segunda, según el caso, se condena por las infracciones que hubieren motivado el llamamiento a juicio cuando los hechos se hallan plenamente probados, o en caso contrario, se absuelve.

La sentencia, en los juicios por Jurado, aparte de los presupuestos que se dejan enunciados, debe ser fiel desarrollo del veredicto, porque en estos juicios el Juez no califica los hechos ni decide sobre el tema de la responsabilidad; su misión es la de interpretar la respuesta del Juri para darle acomodamiento en las disposiciones legales. Si en las preguntas del cuestionario se interroga a los Jueces de conciencia sobre el hecho y sobre la responsabilidad de sus autores, y si en la sentencia —parte motiva— se relaciona y explica el punto para deducir conclusiones de acuerdo con el veredicto, la causal de casación que se invoca con fundamento en el numeral 5º

del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal es inoperante, porque la sentencia en su aspecto formal y material se ciñe a los preceptos del artículo 159 de la obra citada.

Basta leer el contenido del fallo (fls. 12, 13 y 14) para demostrar que el punto al cual se refiere el demandante sí fue tratado en la sentencia y como conclusión de ese estudio el Tribunal afirma que "la responsabilidad de la Delgado en este delito (se refiere al aborto) es tan palpable como la del Subteniente Illera Martínez, éste como instigador —inciso 2º, artículo 19 del C. P.— y sus sistemáticas negativas de nada sirven ante la cantidad de testimonios e indicios vehementes que conspiran en su contra".

"La sentencia no dice, como lo pretende el doctor Prado —expresa la Procuraduría— que Illera Martínez hubiera insinuado a la menor que cometiera el delito de aborto. Por el contrario, el Tribunal rechaza esta idea. Afirma sí, que Armando Illera Martínez instigó a la menor a que concurriera a la casa de María Josefa Delgado, con quien previamente había convenido que sometiera a la menor a maniobras abortivas; y que Luz Mariela concurrió allí en la esperanza de que la enfermera le corrigiera sus desarreglos menstruales, pero en ningún caso a que le practicara maniobras abortivas".

Por estos motivos, la causal alegada no prospera.

Causal séptima

Dictarse la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

"En donde esta causal se manifiesta con más espontaneidad —dice el recurrente— es en el hecho de haber dicho el Jurado que el aborto era sin el consentimiento de la víctima. Suponiendo verdad el aborto, el consentimiento de la víctima fluye de su misma información. Ya dije que la víctima sabía del uso del 'caucho'. Falló éste, y se buscó —supongámoslo verdad el dicho de Mariela— la forma de no perder crédito ni prestigio social... Y siendo esto así, ¿cómo puede un Jurado decir que Mariela fue forzada, violentada y obligada al aborto? ¿Hay alguna constancia en autos de alguna coacción? En manera alguna. Y si alguna duda quedare al respecto, esa duda habría que resolverla a favor de la acusada. María Josefa Delgado, suponiéndola responsable, fue a buscar a Mariela, la amarró, la narcotizó, o qué le hizo para forzar a ésta al aborto? Si nada de esto ocurre, forzoso es concluir que el veredicto fue evidentemente contradictorio, como se demuestra en mi escrito al Tribunal el cual reproduzco aquí en todas sus partes".

En el cuestionario atinente a este hecho se interrogó al Jurado si María Josefa Delgado de Ramos, era responsable de haber causado el aborto a la menor Luz María sin consentimiento de ésta, cuyo resultado fue el de eliminar la vida del feto, lo que consiguió realmente, habiéndose producido como consecuencia de dichas maniobras la muerte de Luz María o Luz Mariela Albán o González Moreno.

La respuesta del Jurado fue: "Sí es responsable".

La expresión "sí es responsable" es tan clara que no dá lugar a contradicción alguna. El veredicto es contradictorio cuando sus términos envuelven una afirmación y una negación, lo cual los hace inconciliables, ya que no se puede predicar de un mismo hecho que es verdadero y falso al mismo tiempo, pues siendo estos términos opuestos, se destruyen. El veredicto, reconoce que la acusada ejecutó los hechos y que como consecuencia de ellos es responsable. Lo que ocurre es que el demandante confunde la declaración de contraevidencia del veredicto con lo contradictorio del mismo; lo primero, es tema que se resuelve en las instancias del juicio y allí fue planteada esta cuestión, pero, tanto el Juzgado como el Tribunal la desecharon; lo segundo, sí es pertinente alegarlo en la Corte, pero no enunciando la simple causal sino demostrando en qué radica la contradicción del veredicto.

"En el recurso de casación —dice la Procuraduría— no son de recibo las simples referencias a los alegatos de instancia, por cuanto éstos sólo tienen vigencia para el Juez y el Tribunal respectivos, y caducan al dictar los juzgadores su fallo definitivo. En casación se acusa la sentencia de segundo grado, y el libelo debe estar completo para que la Corte pueda avocar el estudio de fondo sobre los temas planteados".

Por estos motivos, la causal no prospera.

Causal primera

Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

"Cuando se aplica el artículo 387 del Código Penal —dice el recurrente— y se predica que el aborto fue sin consentimiento de Mariela. Yo sostengo la tesis de que el delito de aborto no se

ha cometido, pero en gracia de discusión supongo que sí. Y entonces me opongo a que se diga que ha sido sin consentimiento de Mariela, porque esto crea una monstruosidad mayor".

"Pero donde se patentiza más la indebida y errónea aplicación del artículo 387 del C. Penal, es cuando se le adjudica a María Josefa Delgado la muerte de Mariela. Esta muerte tiene sus responsable directos y conocidos: los médicos Solanilla y Barragán amén del médico legista doctor Alvear. Porque la enferma estuvo más de treinta días con peritonitis, enfermedad que según los méditos legistas "Estaba cediendo". Porque fueron tan inútiles que nada formularon digno de mención. Al fin sobrevivo (sic) la muerte, porque ya la enferma había esperado treinta días.... Y sin embargo, el Tribunal carga la muerte a María Josefa Delgado, a quien nada ha podido probársele".

Este cargo, como la mayoría de los formulados por el apoderado de María Josefa Delgado, no se demuestra. El recurrente enuncia la causal pero no la prueba, y éste no es precisamente el objeto del recurso extraordinario de casación, puesto que si la demanda constituye un estudio de crítica a la sentencia, esa crítica debe ser fundada para que la Corte pueda estudiar los motivos de impugnación y saber por qué se violó la ley, si por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

"De tal suerte —dice la Procuraduría— que el simple hecho de no haberse formulado el cargo conforme a la técnica de la casación, bastaría para rechazar la causal, pero abundando en razones conviene anotar que el Jurado, por mayoría, expresó en su veredicto que el aborto se causó sin el consentimiento de la víctima, y que ésta murió a consecuencia de las torpes maniobras a que la sometió María Josefa Delgado.

"Pero además de la forma en que está concebido el cargo implica una apreciación probatoria sobre hechos esenciales atinentes a la materialidad del ilícito y a la responsabilidad de la procesada, cuestiones que en los juicios por Jurado, son de la competencia de éste.

"De tal suerte que habiendo decidido sobre esos hechos el Tribunal popular, no es posible desconocerlos, porque ello conduciría a una declaración de veredicto contraevidente, función que al tenor de los artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal sólo tienen los falladores de instancia y no la Corte en el recurso extraordinario de casación".

Así, pues, la causal no prospera.

En cuanto a la causal segunda, en los juicios por Jurado, como lo ha sostenido la Corte en abundantes fallos, no es motivo de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, de acuerdo con él NO INVALIDA el fallo dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, con fecha doce de noviembre de mil novecientos cincuenta y tres.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — Julio E. Argüello, Secretario.

DESISTIMIENTO

El desistimiento de un recurso puede hacerse en cualquier estado del juicio y para que él sea procedente debe sujetarse a los requisitos señalados por la ley (artículo 461 del C. de P. P.). El ejercicio de este derecho como todo acto procesal, se subordina al principio dispositivo de que gozan las partes para adelantar o terminar el incidente o recurso, de acuerdo con los intereses que ellas pretenden hacer efectivos dentro del juicio. Si el titular del derecho o su representante legal debidamente autorizado es quien desiste del recurso, la autoridad competente así debe decretarlo. Máxime cuando en virtud de lo dispuesto en el artículo 170 del Código Judicial, a los Agentes del Ministerio Público "les es lícito desistir de los recursos interpuestos por ellos".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre diez y ocho de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

Por auto de seis de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco, se declaró admisible el recurso de casación interpuesto por el Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, contra la sentencia dictada por esa Corporación, en virtud de la cual se condena a José Vicente Castañeda a la pena principal de cuarenta meses de prisión, como responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales en su modalidad de culposos.

En esta misma providencia se ordenó correr traslado a la parte recurrente —Fiscal del Tribunal— para que formulara la correspondiente demanda de casación, y en respuesta a esta determinación el mencionado funcionario expresa:

"Que desisto del recurso de casación interpuesto por el suscrito contra la sentencia proferida contra José Vicente Castañeda y otros, sentenciados por los delitos de homicidio y lesiones personales".

Interesante hubiera sido conocer las razones de esa determinación; es decir, el recurrente por lo menos debió motivar su petición que lo obligó a tomar esa decisión. Mas como no lo hizo, la Corte procede a resolver.

Se considera:

Los Agentes del Ministerio Público —Fiscal del Tribunal— tienen plena facultad para interponer el recurso de casación en materia penal (artículo 3º Decreto número 1154 de 1954). Interpuesto el recurso surge para ellos la obligación de formular la respectiva demanda dentro de los términos señalados por el artículo 563 del Código de Procedimiento Penal; es decir, la ley para efectos del recurso extraordinario considera al Fiscal del Tribunal como parte recurrente, por consiguiente, revestida de todos los atributos y prerrogativas que se conceden al titular del derecho (artículo 95 ibidem) en orden al ejercicio de la acción, ora, para proponer incidentes o recursos, bien, para desistir de ellos.

El desistimiento de un recurso puede hacerse en cualquier estado del juicio y para que él sea procedente debe sujetarse a los requisitos señalados por la ley (artículo 461 del C. de P. P.). El ejercicio de este derecho como todo acto procesal, se subordina al principio dispositivo de que gozan las partes para adelantar o terminar el incidente o recurso, de acuerdo con los intereses que ellas pretenden hacer efectivos dentro del juicio. Si el titular del derecho o su representante legal debidamente autorizado es quien desiste del recurso, la autoridad competente así debe decretarlo. Máxime cuando en virtud de lo dispuesto en el artículo 170 del Código Judicial, a los Agentes del Ministerio Público "les es lícito desistir de los recursos interpuestos por ellos".

"Es evidente —ha dicho la Corte— que los Agentes del Ministerio Público no pueden desistir sino en los casos en que tengan autorización legal de las Entidades a quienes representan (numeral 4º del artículo 465 del C. J.), pero esta

facultad sólo hace referencia a actuaciones netamente civiles y no a penales. En estos casos, el Ministerio Público es titular de la acción penal (artículo 95 del C. de P. P.); por consiguiente, el derecho que la ley otorga a las partes para desistir de un recurso, tiene plena operancia jurídica, cuando los resultados que se pueden obtener por consecuencia del recurso, no conducen a ninguna finalidad práctica o en orden a la administración de justicia".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, ACEPTA EL DESISTIMIENTO del recurso extraordinario de casación interpuesto por el Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, contra la sentencia de cuatro de julio de mil novecientos cincuenta y cinco.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — Julio E. Argüello, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ABUSO DE AUTORIDAD

"En el delito de abuso de autoridad por demoras —ha dicho la Corte— éstas, en la mayoría de los casos, no dependen de un hecho voluntario o intencional del funcionario que administra justicia; generalmente es la concurrencia de factores extraños a su voluntad la que impide que las providencias se dicten en los términos indicados por la ley. La presencia de un obstáculo material o de un imposible físico, proveniente del recargo de trabajo, volumen de negocios, tiempo para dictar una providencia de fondo o enfermedad debidamente justificada, son motivos razonables que impiden que los negocios se tramiten con la prontitud requerida y dentro de los plazos señalados por la ley".

"Las demoras provenientes de falta de actividad, descuido, omisión o negligencia en el desempeño de una función o en el ejercicio de un cargo, tienen que revestir el carácter de culpables o dolosas para poder configurar el elemento subjetivo; en otros términos, es la demostración del factor intencional o culposo en los actos del funcionario, y la comprobación de las demoras en las actuaciones judiciales, lo que caracteriza el delito; la ausencia de uno de estos elementos quita al hecho el carácter de infracción de la ley penal".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre diez y nueve de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

Por consulta, se revisa la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en la cual se sobresee definitivamente en favor del doctor Marco Polo Sandoval, ex-Juez Penal del Circuito de Guateque, por los cargos materia de la presente investigación.

Hechos

Ante el Ministerio de Justicia, Joselín Gómez V. presentó denuncia criminal contra el doctor Marco Polo Sandoval, por varios hechos que —en su concepto— son constitutivos de delitos, provenientes de actuaciones judiciales cumplidas en los procesos que cursaban en el Juzgado Penal del Circuito de Guateque.

El Tribunal sintetiza los cargos así:

"1º—Haber entregado a un extraño el proceso contra Campo Elías Heredia para que redactara el auto respectivo.

"2º—Haber hecho aparecer como asistente a la audiencia en la causa contra Campo Elías Heredia al doctor Héctor Roa Gómez, sin que éste hubiera asistido.

"3º—Haberse negado a dictar auto de detención contra Tiberio Umaña, en un proceso que contra éste cursaba en dicho Juzgado.

"4º—No haber detenido a Pedro Antonio Novoa una vez rendida indagatoria, existiendo en el proceso mérito para dictar auto de detención.

"5º—Haber ordenado al Secretario que 'escondiera' el proceso contra Ana Acosta, por no dictar el auto de detención correspondiente.

"6º—Autorizar a los subalternos para que portaran las armas que estaban bajo la custodia del Juzgado.

"7º—Haber protagonizado un incidente con el doctor Honorio Morales.

"8º—No haber dictado auto de detención contra José Guevara y haberle prometido no hacerlo.

"9º — Haber sentado diligencias de apoderados, estando éstos ausentes, en el proceso contra Carmen Rosa Moreno de Novoa.

"10º—Haber autorizado al portero del Juzgado para que firmara despachos como Secretario.

"11º—Recibir memoriales de personas distintas a las firmantes y ponerles nota de presentación personal.

"12º—Haber excarcelado al procesado por homicidio Pablo Antonio Ruiz y al interponer la parte civil recurso de apelación, haber enviado el expediente a los Fiscales por competencia, sin haber concedido o negado el recurso.

"13º—Haber entregado el proceso contra Adán Ruiz al señor Carlos Martínez, persona extraña al Juzgado, para que redactara el auto de calificación.

"14º—Haber librado exhortos en el proceso contra Domingo Rubiano, sin previo auto, el cual fue dictado posteriormente.

"15º—Recibir honorarios por certificaciones y búsqueda de expedientes con la certificación de haber sido archivados, cosa por él sugerida.

"16º—Ordenar la notificación de 'estados' y ser 'muy interesante de estudiar' las anotaciones hechas en ellos.

"17º—Aconsejar profesionalmente a algunas personas como Germán Ramos y N. López.

"18º—Ser dignos de estudio algunos sumarios remitidos de Somondoco, entre ellos el contra un señor Torres, y

"19º—La estafa cometida contra un señor extranjero, a quien le ofreció ayudarle en un juicio civil, sucesión de Valentín Martín.

Sumario

El Juzgado 61 de Instrucción Criminal, por auto de primero de julio de mil novecientos cincuenta y dos, declaró abierta la presente investigación, y en el curso de ella se adujeron los siguientes elementos probatorios:

a) Acuerdo de nombramiento y acta de posesión del doctor Marco Polo Sandoval como Juez Unico Penal del Circuito de Guateque;

b) Declaración de Joselín Gómez Medina quien manifestó tener conocimiento directo de los hechos por haber sido Oficial Mayor de dicho Juzgado; bajo la gravedad del juramento relacionó los cargos resultando ser los mismos que contiene el memorial denuncia y que el declarante afirma haber cometido el Juez acusado;

c) Se practicaron diligencias de inspección ocular en los negocios a que hace referencia el señor Gómez Medina;

d) Se recibieron declaraciones a los empleados que —en ese entonces— trabajaron en el Juzgado, y

e) Se practicaron varios careos entre el denunciante y el doctor Sandoval, entre aquél y los empleados del mismo Juzgado, y por último se recibió declaración indagatoria al Juez acusado.

Se considera:

Los hechos contenidos en los numerales 5º, 6º y 19º, consistentes en que el Juez autorizaba a sus subalternos para portar armas que estaban bajo su cuidado; que en el mes de marzo de mil novecientos cincuenta y dos "hizo víctima de un ataque aleve al abogado Honorio Morales, causándole heridas graves en la cara" y que el acusado hizo un préstamo de trescientos pesos ($ 300.00) a un ciudadano extranjero, no están probados.

La circunstancia de portar un arma no revela la intención de cometer un delito; puede ser un acto de imprevisión, pero no un hecho objeto de sanción penal. Las lesiones causadas al doctor Morales, de ser cierta la afirmación, daría lugar a una investigación de carácter penal, pero, en este caso, la jurisdicción y competencia en primera y segunda instancia, no serían ni del Tribunal ni de la Corte, sino de otros funcionarios de la Rama Jurisdiccional y el préstamo que se dice hizo el doctor Sandoval a un ciudadano extranjero es algo que escapa a la justicia penal.

Los cargos de los numerales 1º y 13º relativos a que el señor Carlos Martínez Neira, persona extraña al Juzgado dictó las providencias de 11 de enero del año de 1951 en los procesos contra Campo Elías Heredia y Adán Ruiz, el primero ordenando la ampliación del sumario y el segundo calificando el mérito del mismo, no están probados. Con la diligencia de inspección ocular y mediante prueba testimonial, se demostró que tanto el auto de sustanciación como el de proceder, fueron dictados por el doctor Sandoval, escrito este último en la máquina del Juzgado.

Las imputaciones de los numerales 11º y 15º sobre notas de presentación personal y el de recibir honorarios por certificaciones y búsqueda de expedientes archivados, no le son imputables al Juez acusado; quien autoriza las notas de presentación personal y recibe valores por búsqueda de expedientes archivados, no es el Juez sino el Secretario.

Los cargos comprendidos en los numerales 2º, 9º, 10º, 14º y 16º, se refieren a que el Juez hizo figurar en la diligencia de audiencia, en la causa contra Campo Elías Heredia, al doctor Héctor Roa Gómez como defensor del acusado sin haber concurrido a tal acto; que firmó actas de posesión de apoderados en el proceso contra Carmen Rosa Moreno, sin que éstos hubieran estado presentes; que autorizó al Portero del Juzgado para firmar despachos como si fuera Secretario; que libró exhortos sin haber dictado el auto correspondiente, y que omitió la fijación de estados en algunos negocios, no están demostrados.

En la diligencia de inspección ocular se cons-

tata que el doctor Roa Gómez firmó la diligencia de audiencia; que estuvo presente en el momento de iniciarse el acto público y al finalizar el mismo, y que dejó por escrito su alegato de conclusión; así lo declara el vocero de la defensa. El hecho de que el defensor no hubiera estado presente durante el curso de toda la audiencia, no le resta ninguna importancia al acto, si, por otra parte, cumplió con los deberes a él encomendados y con su firma autorizó la diligencia. En el proceso contra Carmen Rosa Moreno de Novoa, no hubo varios apoderados; por consiguiente, mal podían existir varias actas de posesión; intervino un solo defensor, el doctor Leonel Armenta y éste fue legalmente posesionado; así lo demuestra la diligencia de inspección ocular. Los despachos librados en el sumario contra Pablo Bayona al Instituto de Medicina Legal y al Juzgado Municipal de Garagoa, no fueron firmados, como lo dice el denunciante, por el Portero del Juzgado; aparecen firmados por el Juez y Secretario respectivamente; así consta en el acta de inspección ocular. En el sumario contra Domingo Rubiano no se libraron exhortos sin haber dictado el auto correspondiente. El funcionario que practicó la diligencia de inspección ocular, dice: "Estudiadas que fueron las diligencias respectivas, no se encontró nada anormal que pudiera indicar la existencia de tales irregularidades", y en cuanto a la fijación de estado y anotaciones hechas en ellos, nada se llegó a comprobar.

En relación con la imputación contenida en el numeral 12º, o sea el hecho de haber remitido el negocio de Pablo Antonio Ruiz al funcionario competente, sin antes haberse decidido sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte civil, se transcribe lo dicho sobre este particular en la vista Fiscal que dice:

"El error cometido por el Juez Sandoval al remitir el proceso contra Pablo Antonio Ruiz y otros, por homicidio, al repartimiento de los señores Fiscales de los Juzgados Superiores del Distrito Judicial de Tunja (los competentes para conocer el negocio) sin conceder la apelación interpuesta por el señor apoderado de la parte civil contra el proveído de libertad provisional bajo fianza del antedicho Ruiz que había proferido, lo atribuye en su indagatoria (fol. 71) a un apresuramiento de su Secretario quien lo remitió sin tener en cuenta que estaba pendiente la consideración del recurso aludido".

"Este Secretario, a su vez, en su declaración (fl. 40) posiblemente para disculparse, habla de un auto negando la apelación, el cual ni el Juez Sandoval ni el señor Gómez Medina (fls. 21 vto. y 22 fte.) nombran en sus deposiciones.

"Pero de todos modos no aparece que hubiera sido dolosa la actitud del Juez, pues aunque hubiera pretendido con ello (dada la conversación con el portero del Juzgado señor Josué Martínez Neira de que habla el señor Gómez Medina) evitar a su dependiente el trabajo de compulsar las copias del caso, es presumible que en la Fiscalía se pretendió eludir el mismo trabajo, devolviendo el expediente al Juzgado; pues es claro que la Fiscalía, como funcionario competente exclusivo para el conocimiento del negocio, hubiera podido también conceder la apelación resolviendo el memorial respectivo.

"Los errores que sufran los Jueces o Magistrados en la apreciación de un determinado punto de derecho o en el sostenimiento de una tesis no constituyen de por por sí abuso de sus funciones si por otra parte, no se ha demostrado la incorrección moral de los mismos, es decir, aquel dolo genérico que debe concurrir para que sea reprensible penalmente su conducta". (Fallo de la H. Corte Suprema, 23 de octubre de 1954).

Las imputaciones de los numerales 17º y 18º, sobre el hecho de que el doctor Marco Polo Sandoval aconsejaba profesionalmente a algunas personas y la de que deben estudiarse los sumarios remitidos de Somondoco, son hechos de los cuales, el primero, no tuvo comprobación alguna, y el segundo, sumario contra Octavio Torres por un delito contra el sufragio, el Juzgado solicitó concepto sobre la aplicación del artículo 153 del C. de P. P. y posteriormente dictó sentencia.

Se acusa al doctor Sandoval de que en el sumario contra Tiberio Umaña no quiso dictar auto de detención a pesar de existir mérito suficiente para ello, e indirectamente se sugiere el hecho de que el sindicado entregó dinero al Juez acusado; este cargo no fue probado. El expediente, según diligencia de inspección ocular estuvo en dicha oficina antes de que el sindicado ocupara el cargo; el mismo Tiberio Umaña afirma no haber concurrido a dicho Juzgado ni haber entregado ninguna suma de dinero al doctor Sandoval; es decir, el cargo no tiene fundamento legal.

El hecho consistente en que el doctor Sandoval no dictó auto de detención contra Pedro Antonio Novoa (numeral 4º), no es constitutivo de delito. La circunstancia de que inmediatamente después de recibirle indagatoria no se hubiera dictado auto de detención, seguramente obedeció a que dentro del sumario no existían elementos

suficientes de prueba para dictar dicha providencia. En este negocio se recibió declaración indagatoria el veinticuatro de enero; de esta fecha al trece de febrero se practicaron algunas pruebas, y luégo, previo estudio de los elementos probatorios allegados al sumario se dictó el correspondiente auto de detención. En estas condiciones el hecho imputado carece de validez.

Se dice (numeral 5º) que el Juez ordenó a su Secretario escondiera el proceso contra Ana Acosta "para evitar así tener que dictar el auto de detención que había allí pendiente". Pero el cargo en su fondo no es cierto. No se dictó auto de detención dentro de los términos legales, debido al recargo de trabajo producido por el volumen de negocios que cursaban en dicho Juzgado, hecho que se prueba con las estadísticas de movimiento de los negocios, allegadas a los autos.

En el sumario contra José Guevara (numeral 8º) afirma el denunciante que no se dictó auto de detención en los plazos señalados por la ley, pero la diligencia de inspección ocular demuestra que el negocio entró al despacho el dos de junio y con fecha veinticuatro del mismo mes se ordenaba la detención, es decir, el hecho por sí solo no configura una infracción de la ley penal.

De los hechos que se dejan analizados se concluye que las imputaciones son por demoras u omisiones causadas en la tramitación de los negocios que cursaban en el Juzgado Penal del Circuito de Guateque, pero el delito de abuso de autoridad no se estructura por la demostración del elemento material, sino, también, por la concurrencia del factor subjetivo o moral. Es la comprobación de estos dos elementos lo que tipifica el delito; la ausencia de uno de ellos quita al hecho el carácter de infracción de la ley penal.

"En el delito de abuso de autoridad por demoras —ha dicho la Corte— éstas, en la mayoría de los casos, no dependen de un hecho voluntario o intencional del funcionario que administra justicia; generalmente es la concurrencia de factores extraños a su voluntad la que impide que las providencias se dicten en los términos indicados por la ley. La presencia de un obstáculo material o de un imposible físico, proveniente del recargo de trabajo, volumen de negocios, tiempo para dictar una providencia de fondo o enfermedad debidamente justificada, son motivos razonables que impiden que los negocios se tramiten con la prontitud requerida y dentro de los plazos señalados por la ley.

"Las demoras provenientes de falta de actividad, descuido, omisión o negligencia en el desempeño de una función o en el ejercicio de un cargo, tienen que revestir el carácter de culpables o dolosas para poder configurar el elemento subjetivo; en otros términos, es la demostración del factor intencional o culposo en los actos del funcionario, y la comprobación de las demoras en las actuaciones judiciales, lo que caracteriza el delito; la ausencia de uno de estos elementos quita al hecho el carácter de infracción de la ley penal". (Auto de septiembre 29 de 1955).

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, CONFIRMA la providencia de veintinueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, por la cual se sobresee definitivamente en favor del doctor Marco Polo Sandoval, ex-Juez Penal del Circuito de Guateque, y se abstiene de revisar los hechos comprendidos en los numerales 7º y 19º, por no ser de su competencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — Julio E. Argüello, Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD. — REHUSAMIENTO DE UN JUEZ EN CUMPLIR UN MANDATO PROFERIDO POR EL SUPERIOR JERARQUICO EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

1. — Es principio superior de derecho el de que los funcionarios y empleados públicos no tienen otra competencia que la asignada por la Ley. La actividad funcional de ellos sólo puede moverse al amparo de las normas jurídicas, que le dan a la administración pública un normal y ordenado desenvolvimiento, base de la seguridad social y de la tranquila confianza de los ciudadanos en la función de los órganos del Estado. Por eso, la Carta estatuye que el congreso, el gobierno y los jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado (artículo 55); que no habrá en Colombia ningún empleo que no tenga atribuciones detalladas en la ley o reglamento (artículo 63); que la ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva (artículo 62); y que los funcionarios públicos son responsables por infracción de la Constitución y las leyes y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas (artículo 20).

2.—La ley penal reprime a los funcionarios y empleados públicos que abusan de sus poderes, u omiten el cumplimiento de sus deberes oficiales; los sanciona tanto por obrar arbitrariamente, como por no hacer lo que la ley les manda en determinado caso. Y dentro de esta última hipótesis, crea un delito genérico o innominado de abuso de autoridad por omisión, para el oficial público que omite, rehusa o retarda ejecutar un acto a que legalmente está obligado (artículo 172 C. P.).

Los tres vocablos que emplea la citada norma penal (omitir, rehusar y retardar) no son equivalentes. El primero —omitir— es dejar de hacer algo. El segundo —rehusar— es no querer realizar una cosa. Y el tercero —retardar— es diferir el cumplimiento de un acto, en cuanto se deja transcurrir un intervalo de tiempo entre el momento en que la acción debía ejecutarse y aquel en que ella se realizó efectivamente.

De estas distintas modalidades del ilícito, asume mayor gravedad la del funcionario o empleado que REHUSA, porque ello implica una especie de rebeldía a cumplir lo que se le ordena o se le demanda legítimamente. En dicho evento, el funcionario se obstina y hace nugatorio el acto que de él se requiere como propio de su competencia.

3.—Los medios de impugnación o recursos contra las resoluciones judiciales son instrumentos de garantía fundados en el propósito legislativo de que la justicia se administre en la forma más certera y perfecta posible, que es fin supremo del proceso. Por eso, se ha establecido que otra jerarquía de superior rango y preparación científica revise las providencias del inferior, para corregir los errores y desaciertos en que éste haya podido incurrir, o aún para darle mayor fuerza y respetabilidad a lo decidido en la primera instancia, si el acto impugnado fue jurídicamente correcto De modo que cuando el Superior resuelve, su providencia es una emanación del Poder Público, un acto jurisdiccional, cuyo imperio es obligatorio para mantener la eficacia del derecho reconocido, la seguridad colectiva, la firmeza de las actuaciones y la seriedad del procedimiento y de la aplicación de la justicia. De lo contrario, los procesos se harían interminables y el orden jurídico quedaría subvertido.

El juez a quo no puede desconocer ni modificar los efectos de la decisión del Superior que pone fin a un recurso legalmente tramitado, so pretexto de que el Juez ad quem se equivocó o cometió un acto injusto al ejercer sus funciones.

4.—En un juicio ejecutivo, siendo el auto que decreta la ejecución apelable por el

ejecutado sólo en el efecto devolutivo (artículo 1031) en ningún caso, al tenor del artículo 1032, puede procederse al remate de bienes ni al pago al acreedor sin que esté ese auto en firme. (Casación Civil, G. J. número 1930, pág. 823).

Corte Suprema de Justicia — Sala de lo Penal.—Bogotá, veinte de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra)

Vistos:

El Tribunal Superior de Cali, en providencia de fecha tres de mayo del año en curso, calificó el mérito de este sumario, así: enjuiciamiento contra el doctor Neftalí Moncayo Guerrero por el delito de abuso de autoridad; y sobreseimiento definitivo en favor del mismo por prevaricato, todo en virtud de actuaciones suyas cumplidas como Juez Promiscuo del Circuito de Buenaventura.

Ambas decisiones debe revisarlas la Corte. La primera, por apelación que interpuso el procesado, y la última en grado de consulta.

Los antecedentes del proceso son:

1º—El doctor Neftalí Moncayo Guerrero desempeñó el Juzgado Promiscuo del Circuito de Buenaventura, del cinco de agosto de 1949 al 19 de febrero de 1951.

2º—Hallándose en el ejercicio de esas funciones, le correspondió conocer de la acción ejecutiva promovida por Compañías Unidas de Transportes S. A. contra North American Shipping & Trading Co. Inc. y Silet Compañía de Vapores S. A., armadores o propietarios del barco Norlandia, representados en el juicio por Echeverri & Cía., Ltda.

3º—El 14 de diciembre de 1949, el Juzgado libró mandamiento de pago, y de éste apeló el representante de Echeverri & Cía., Ltda.

4º—Previo el trámite de un recurso de hecho, la apelación fue concedida, y el Tribunal Superior de Cali la desató en auto de fecha tres de agosto de 1950, cuya parte resolutiva dice:

"En razón de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en Sala Singular, REVOCA el auto apelado, para volver a la situación primitiva del negocio, o sea la existencia de una cuenta, sin reconocer, formulada por Compañías Unidas de Transportes S. A., contra los armadores o navieros y al parecer concesionarios de Stimpson Spence and Young, contra quienes también se formula la cuenta, del vapor Norlandía, de bandera extranjera, que no han sido válidamente llamados al juicio. En consecuencia, todas las cantidades de dinero distribuídas por el Juez en este negocio, ya por honorarios, por pagos o por cualquier otro concepto serán reintegradas a su respectivo dueño, ejecutoriada que sea esta providencia. Con las costas del negocio a cargo del actor".

Encontró el Tribunal, como síntesis de su estudio, que el documento aducido como recaudo ejecutivo —una cuenta de cobro— adolecía de "deficiencias de forma y de fondo, fácilmente perceptibles al examen del mismo", por lo cual, la ejecución "no podía prosperar con base en el referido documento".

De otro lado, observó el Superior irregularidades en el adelantamiento del juicio por parte del Juez, de quien dijo que había obrado con tanta rapidez, que dejó "puntos sin resolver, o resueltos en forma que pugna con la ley y la justicia".

5º—El apoderado del ejecutante pidió reposición de la anterior providencia del Tribunal, pero éste negó el recurso en auto de 28 de agosto de 1950.

6º—Devuelto el proceso a la oficina de origen, el Juez dispuso:

"Obedécese lo resuelto por el Tribunal Superior. Estése a la gestión de las partes. Notifíquese". (Auto de 16 de octubre de 1950).

7º—Pero como mientras se surtía la apelación del mandamiento de pago —concedida en el efecto devolutivo—, ya en el Juzgado se había proferido la sentencia de pregón y remate y cubierto, en su mayor parte, la obligación demandada, el apoderado del actor le hizo al Juez estas peticiones, con fecha 6 de noviembre de 1950:

a) Que declarara que entre el auto del Tribunal que revocó el mandamiento ejecutivo y la sentencia de pregón y remate, el Juzgado sólo podía atenerse a lo resuelto en la dicha sentencia, "por ser ley del proceso, estar ejecutoriada y parcialmente cumplida";

b) Que, en consecuencia, el Juzgado no podía ordenar la devolución de lo que entregó con justo título y buena fe, por cuanto la restitución de lo pagado únicamente cabía decretarla mediante sentencia dictada en juicio ordinario, conforme al artículo 1030 del Código Judicial; y

c) Que no siendo posible cumplir lo principal, tampoco podía el Juzgado hacer efectiva la condena en costas.

8º—El Juez, en auto de 20 de noviembre de 1950, aceptó plenamente dichas solicitudes y resolvió lo que sigue:

"1º—Estése a lo dispuesto en la sentencia de pregón y remate dictada por este Despacho con fecha veinticinco (25) de febrero último, de fs 129 a 136 del cuaderno número 1, en este asunto:

"2º—Declárase que no es posible legalmente poner en ejecución el auto de tres (3) de agosto de este año (1950) proferido por el H. Tribunal Superior de Cali, de fs. 26 v. a 36, de este cuaderno, por incompatibilidad, por contraposición, con dicha sentencia, que está en firme, por ser aquel auto de fecha posterior y contrario a tal sentencia, que prevalece sobre él y debe, por lo mismo, ejecutarse de preferencia, mientras no sea revisada, por la vía ordinaria, como lo mandan los artículos 473 y 1030 del C. J.

"3º—Este Despacho se abstiene, en consecuencia, de ordenar se requiera a todas aquellas personas y entidades que, por uno u otro concepto, recibieron dineros en este juicio de la parte demandada, para que en el término que se les señale, procedan a reintegrar los valores recibidos como lo solicita el doctor Julio Juri Mercado en el memorial anterior, de conformidad con la declaración hecha en el punto que antecede; y

"4º—Dícese lo mismo en cuanto a las costas a que fue condenada la parte ejecutante por el H Tribunal".

Es de destacar aquí que el mismo problema relativo a la primacía del fallo de pregón y remate sobre el auto que revocó la orden de pago, ya había sido planteado por el actor ante el Tribunal, cuando éste conoció de la apelación del mandamiento ejecutivo; tema que estudió y rechazó dicha entidad en la providencia del 3 de agosto de 1950 con el epígrafe **"Un juicio con sentencia en firme y ejecutoriada".**

9º—El auto de 20 de noviembre de 1950, cuya parte resolutiva acaba de trancribirse, fue apelado y el Tribunal lo revocó con enérgicas censuras para el Juez, por implicar el desconocimiento de las jerarquías jurisdiccionales y una violación manifiesta del artículo 507 del Código Judicial, colocado en el Capítulo sobre apelaciones y consultas, y que expresa: "Recibido el expediente por el Juez de la causa, se dicta el auto de obedecimiento a lo resuelto por el superior, en el cual, si es el caso, se deben tomar las medidas ordenadas por éste".

Allí mismo ordenó el Tribunal sacar copia de lo conducente para que se investigara la responsabilidad en que hubiese podido incurrir el doctor Neftalí Moncayo Guerrero, en su condición de Juez Promiscuo del Circuito de Buenaventura, "por dejar de cumplir el auto de 3 de agosto de 1950 de este Tribunal". (Providencia de 9 de julio de 1951). Y

10º—El Juez doctor Moncayo Guerrero, en la indagatoria, explica su conducta, dando como razón sustancial para no cumplir lo ordenado por el Superior, la de que éste se llevó de calle la ley al revocar el mandamiento ejecutivo. Y agrega que había de por medio un fallo judicial —la sentencia ejecutoriada de pregón y remate— que no era posible desconocer. Luégo concluye así: "Los Jueces tienen una consigna y una ley que respetar y cumplir por encima de órdenes que a su juicio riñen con la ética y la ley".

Estos son los hechos materia de la investigación.

Auto de proceder apelado.—El Tribunal halló establecido el delito de abuso de autoridad imputable al Juez, por haber rehusado el doctor Moncayo Guerrero "cumplir un acto al que legalmente estaba obligado, trasgrediendo en esta forma la ley penal, pese a las razones por él dadas, que no excusan ni justifican su comportamiento".

Considera la Corte:

Es principio superior de derecho el de que los funcionarios y empleados públicos no tienen otra competencia que la asignada por la Ley. La actividad funcional de ellos sólo puede moverse al amparo de las normas jurídicas, que le dan a la administración pública un normal y ordenado desenvolvimiento, base de la seguridad social y de la tranquila confianza de los ciudadanos en la función de los órganos del Estado. Por eso, la Carta estatuye que el congreso, el gobierno y los jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado (artículo 55); que no habrá en Colombia ningún empleo que no tenga atribuciones detalladas en la ley o reglamento (artículo 63); que la ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva (artículo 62); y que los funcionarios públicos son responsables por infracción de la Constitución y las leyes y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas (artículo 20).

En tal orden de ideas y para tutelar el correc-

to funcionamiento de la autoridad, la ley penal reprime a los funcionarios y empleados públicos que abusan de sus poderes, u omiten el cumplimiento de sus deberes oficiales; los sanciona tanto por obrar arbitrariamente, como por no hacer lo que la ley les manda en determinado caso. Y dentro de esta última hipótesis, crea un delito genérico o innominado de abuso de autoridad por omisión, para el oficial público que omite, rehusa o retarda ejecutar un acto a que legalmente está obligado (artículo 172 C. P.).

Los tres vocablos que emplea la citada norma penal (omitir, rehusar y retardar) no son equivalentes. El primero —omitir— es dejar de hacer algo. El segundo —rehusar— es no querer realizar una cosa. Y el tercero —retardar— es diferir el cumplimiento de un acto, en cuanto se deja transcurrir un intervalo de tiempo entre el momento en que la acción debía ejecutarse y aquel en que ella se realizó efectivamente.

De estas distintas modalidades del ilícito, asume mayor gravedad la del funcionario o empleado que rehusa porque ello implica una especie de rebeldía a cumplir lo que se le ordena o se le demanda legítimamente. En dicho evento, el funcionario se obstina y hace nugatorio el acto que de él se requiere como propio de su competencia.

Y esto fue, precisamente, lo acontecido en el caso **sub judice**: el Juez doctor Moncayo Guerrero rehusó, sin razón ni derecho, cumplir un mandato del Superior jerárquico proferido en el ejercicio de su actividad funcional.

En efecto, los medios de impugnación o recursos contra las resoluciones judiciales son instrumentos de garantía fundados en el propósito legislativo de que la justicia se administre en la forma más certera y perfecta posible, que es fin supremo del proceso. Por eso, se ha establecido que otra jerarquía de superior rango y preparación científica revise las providencias del inferior, para corregir los errores y desaciertos en que éste haya podido incurrir, o aún para darle mayor fuerza y respetabilidad a lo decidido en la primera instancia, si el acto impugnado fue jurídicamente correcto. De modo que cuando el Superior resuelve, su providencia es una emanación del Poder Público, un acto jurisdiccional, cuyo imperio es obligatorio para mantener la eficacia del derecho reconocido, la seguridad colectiva, la firmeza de las actuaciones y la seriedad del procedimiento y de la aplicación de la justicia. De lo contrario, los procesos se harían interminables y el orden jurídico quedaría subvertido.

De ahí que la ley, en guarda de estos principios y de las jerarquías jurisdiccionales —que implican relación de dependencia entre personas u órganos del Estado—, haya consignado mandatos expresos para que se obedezcan y respeten las decisiones del Superior que obra en el ejercicio de sus funciones. Así, en lo Judicial, dispone el artículo 507:

"Recibido el expediente por el Juez de la causa, se dicta el auto de obedecimiento a lo resuelto por el superior, en el cual, si es el caso, se deben tomar las medidas ordenadas por éste". Y el artículo 148 de la misma obra estatuye:

"Usurpan jurisdicción los Jueces cuando.... conocen o proceden contra resolución ejecutoriada del superior".

Se ve, pues, con soberana evidencia, que el Juez **a quo** no puede desconocer ni modificar los efectos de la decisión del Superior que pone fin a un recurso legalmente tramitado, so pretexto de que el Juez **ad quem** se equivocó o cometió un acto injusto al ejercer sus funciones. De otra manera, el inferior se convertiría en árbitro del Superior, y los recursos —ordinarios y extraordinarios— carecerían de objeto. Los Jueces entonces no serían entre sí colaboradores armónicos de la justicia, sino rivales o enemigos en su trascendental misión. Si dentro de la misma jerarquía judicial constituiría un abuso que el Superior revocase una providencia de primer grado que no ha sido sometida a su examen, con cuanta mayor razón habría arbitrariedad si el inferior se rebela contra la orden del Superior impartida en el ejercicio de su investidura.

Y en el supuesto de que el funcionario, al proferir la decisión, obre caprichosamente, el camino que dá la ley es el de exigirle la responsabilidad penal correspondiente por el indebido desempeño del cargo. Con ese fin, se estableció el recurso de **queja**, a que se refiere el artículo 435 del Código Judicial, y que los Miembros de la Comisión redactora del nombrado estatuto explicaron así:

"...Se menciona en artículo separado el llamado recurso de queja, el cual se distingue de los recursos propiamente dichos, por su finalidad, que no es ya la de obtener que se revoquen, reformen o invaliden las resoluciones, sino que se haga efectiva la responsabilidad personal en que incurren los Jueces cuando fallan contra ley expresa, en los casos definidos en el Código Penal".

Como lo ha expresado la Corte, "tratándose de providencia emanada de un funcionario —y más si éste pertenece al órgano judicial del poder pú-

blico— es inaceptable calificar de agresión o de violencia injusta lo que no es otra cosa que el normal ejercicio de la autoridad.

"El principio de legalidad dejaría de ser la norma reguladora de la actividad jurídica del Estado, si cada funcionario asume la facultad de resolver libremente que determinados actos de la autoridad no deben cumplirse porque los consideran arbitrarios o injustos". (Auto de 11 de octubre de 1941. GACETA número 1975, páginas 851 y 853).

Y ya antes había dicho la Sala que "el carácter de autoridad del funcionario que rechaza la providencia de otra autoridad que actúa dentro de su órbita legal, no modifica ni excluye la responsabilidad. Precisamente ese carácter, en el autor del hecho, es el elemento constitutivo del abuso de autoridad". (Auto de 24 de septiembre de 1940. GACETA número 1959, página 884).

Por lo tanto, es inadmisible la excusa del procesado fundada en la libertad de los funcionarios públicos para no cumplir las decisiones de los Superiores jerárquicos, cuando las juzgan contrarias a la ética y a la ley.

Además, el fallo de tres de agosto de 1950, en que el Tribunal revocó el mandamiento ejecutivo y dispuso la devolución a su dueño de los dineros repartidos, no permitía, en ningún caso, abrir el nuevo debate que propugnó el Juez doctor Moncayo Guerrero en el auto de veinte de noviembre del mismo año, con base en el argumento de hallarse ejecutoriada la sentencia de pregón y remate, por dos razones: 1ª Porque el Superior estudió previamente esa cuestión que le suscitó el abogado del ejecutante, y hubo de rechazarla. Y 2ª Porque el Tribunal dejó sin valor alguno la mencionada sentencia, al decir:

"...La circunstancia de tener una apelación interpuesta oportunamente por persona legalmente capaz, sin resolver, **dejaba en falso todo lo que se adelantara sobre esta base inestable. De modo que nada de lo hecho puede considerarse en firme**". (Subraya la Corte).

Y la parte resolutiva de la providencia de segundo grado fue igualmente clara, al disponer —luégo de revocar el mandamiento de pago— que el negocio volvía a su situación primitiva, "o sea la existencia de una cuenta, sin reconocer".

El propio doctor Moncayo Guerrero acepta en su indagatoria que el Tribunal, en ese proveído, "echó por tierra toda la actuación, revocando el mandamiento ejecutivo y **la sentencia de remate**". (Subraya la Corte). Entonces cabe preguntar: ¿Cómo pudo el Juez sostener después, en su auto de 20 de noviembre de 1950, que el fallo de pregón y remate no había "sido infirmado por autoridad alguna?". Luego el funcionario acusado se hallaba en imposibilidad jurídica de revivir un tema que ya estaba fuéra de toda controversia con la revocatoria de la orden de pago hecha por el Superior en el auto de 3 de agosto de 1950.

Y no puede sugerirse siquiera, como lo alega el procesado, que el Tribunal actuó arbitrariamente al declarar que nada de lo hecho en el juicio, podía "considerarse en firme". Pues a este respecto, es preciso recordar que el artículo 1032 del Código Judicial —olvidado por el Juez— dispone que el término para cumplir el mandamiento ejecutivo se entiende suspendido por la apelación del auto que lo decreta. Y agrega el precepto que, "en ningún caso puede procederse al remate de bienes ni al pago sin que esté en firme dicho auto".

En el citado artículo 1032 ha visto la Corte —Sala de Casación Civil— un principio de garantía, consistente en el "no remate de los bienes o de la suspensión de la ejecución de un acto judicial cuando está pendiente la apelación en el efecto devolutivo de una providencia que puede causar gravamen irreparable a una de las partes. Así, por ejemplo, la entrega de una suma de dinero o el auto que decreta un desembargo, no pueden llevarse a efecto mientras la providencia que tal dispone no esté en firme, y no lo está mientras ella esté apelada, así lo sea sólo en el efecto devolutivo, porque puede el superior revocar la orden y entonces si ésta se ha llevado a cabo por el juez a **quo**, se ha inferido un perjuicio que puede ser irreparable a una de las partes. La jurisdicción delegada que condiciona la apelación en el efecto devolutivo, no puede interpretarse en un sentido irrestricto, o sea, en el de que el juez inferior puede proseguir el curso de la actuación basado en la providencia apelada, cuando ésta refluye de una manera directa y aun esencial sobre las providencias judiciales que a contar desde la concesión del recurso dicte el juez a **quo**. De ahí que siendo el auto que decreta la ejecución apelable por el ejecutado sólo en el efecto devolutivo (artículo 1031 ibidem) en ningún caso, al tenor del artículo 1032, puede procederse al remate de bienes ni al pago al acreedor sin que esté ese auto en firme". (Sentencia de 27 de octubre de 1937. GACETA número 1930, página 823).

De todo lo expuesto, se concluye que hay mérito para enjuiciar al doctor Moncayo Guerrero.

Y el delito que debe imputársele es el de abuso de autoridad, por cuanto no se demostró que el procesado actuara, al desconocer la providencia del Tribunal, por móviles especiales que le den al ilícito una fisonomía particular o más grave.

En igual sentido se pronuncia el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal.

Auto de sobreseimiento definitivo en consulta

El Tribunal, en esta parte de su providencia, se refiere a otros cargos contra el Juez, concernientes a que "el doctor Moncayo Guerrero tramitó el juicio de que se habla con rapidez inusitada, calificada de 'original' por la misma Corporación (fs. 3 vto.), dictando además providencias ilegales e injustas, con fundamento en título que no servía como base de recaudo".

Dichas imputaciones las enfocó el juzgador por el aspecto del prevaricato, pero no las halló probadas en vista de la deficiencia del sumario, cuya ampliación solicitó el señor Fiscal cuando emitió su concepto de fondo, sugiriendo las diligencias que debían practicarse. Mas el Tribunal no creyó oportuno llevarlas a término, por ser inútiles, "habida cuenta del tiempo transcurrido y de la inercia con que los funcionarios comisionados adelantaron la investigación". En consecuencia, optó por dictar sobreseimiento definitivo en favor del sindicado.

El señor Procurador se opone a la confirmación de ese sobreseimiento que, en su concepto, debe convertirse en temporal para que se averigüen los cargos en sumario distinto, conforme a los artículos 52 y 430 del Código de Procedimiento Penal.

Observa la Corte que, en realidad, el presente negocio versó exclusivamente sobre el hecho de haber rehusado el Juez doctor Moncayo Guerrero cumplir el auto del Tribunal, de fecha 3 de agosto de 1950; tanto que al procesado ni siquiera se le indagó por ninguna otra imputación.

En tales circunstancias, no hubo propiamente investigación en ese sentido, y, por lo mismo, el sobreseimiento definitivo consultado era improcedente. El auto que califica el mérito del sumario presupone que se han practicado las diligencias fundamentales para veriguar los hechos punibles objeto del proceso, según los artículos 421, 424 y 428 del Código de Procedimiento Penal.

No habiéndose, pues, realizado en este caso la investigación sobre el prevaricato, sólo queda el camino de ordenar sacar copia de lo pertinente para que ello se haga, al tenor del artículo 10 del mismo estatuto.

Por último, el colaborador de la Sala pide que se investiguen las demoras en que incurrieron los Jueces 2º y 3º Penales del Circuito de Cali en las comisiones que se les confirieron para perfeccionar este negocio. En efecto, en el Juzgado 2º, el sumario permaneció sin actuación del 27 de marzo de 1952 al 18 de mayo de 1954 (fs. 40 y 41); y en el Juzgado 3º, del 29 de mayo al 7 de septiembre de 1954 (fs. 43 y 44). Pero es de aclarar que las demoras son de cargo de las Secretarías, pues los Jueces ordenaron oportunamente el cumplimiento de las respectivas diligencias.

La solicitud es, por consiguiente, atendible.

En tal virtud, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, acorde en parte con el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, RESUELVE:

1º Confírmase el auto de proceder apelado.

2º Revócase el sobreseimiento definitivo objeto de la consulta; y

3º Sáquese copia de lo conducente para que, por separado, se investiguen los hechos materia del sobreseimiento definitivo proferido en favor del doctor Neftalí Moncayo Guerrero por el delito de prevaricato; y las demoras a que alude el señor Procurador.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso.

Domingo Sarasty M. — Jesús Estrada Monsalve. — Luis Zafra — Octavio Laserna Villegas Conjuez. — **Julio E. Argüello R.**, Secretario.

DEMANDA DE CASACION

La demanda debe contener una solicitud —elemento volitivo de la acción— y una motivación, factor lógico de impugnación de la sentencia. Los motivos que son específicos —causales de casación— determinan el límite o ámbito dentro del cual se mueve la potestad jurisdiccional de la Corte en orden al control técnico jurídico de la sentencia y a las finalidades del recurso. La demanda debe contener una sistematización legal de crítica a la sentencia, invocación de la causal y motivos que la sustentan. La motivación de cada causal debe ser precisa y concreta para destruir los fundamentos jurídicos del fallo acusado.

Impugnada la sentencia por determinado motivo —causal de casación—, las razones en que se apoya tienen que guardar íntima relación con lo pedido. Sería ilógico —por decir lo menos— alegar una causal y fundarla en motivos pertinentes a otra. Cada error de interpretación consignado en la sentencia —expresa Calamandrei— constituye un motivo específico de impugnación. Cuando se alega un determinado vicio de la sentencia se hace valer un derecho nacido de esa condición particular y la Corte —en casación— no puede invalidar la sentencia por causal diversa a la que se invoca o por motivos distintos a los que debieron respaldarla, porque implicaría una extralimitación de su potestad jurisdiccional dentro del recurso de casación.

Lo importante en la técnica del recurso de casación es saber formular la demanda para obtener un resultado, o sea, el fin perseguido, anulación del fallo acusado. No es lo mismo alegar en las instancias del juicio que confeccionar una demanda de casación. Lo primero, no está condicionado a reglas de técnica; lo segundo, implica conocimiento completo de las disposiciones legales que regulan el recurso que se decide ante la Corte.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre veintidós de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en sentencia de dos de noviembre de mil novecientos cincuenta y tres, condenó a **Uriel Ospina Castaño** a la pena principal de seis meses de prisión como responsable de un delito de lesiones personales causadas al doctor Carlos Gutiérrez.

Contra esta sentencia, el doctor Roberto Accvedo Gómez, defensor del procesado, interpuso recurso de casación, el cual fue admitido, y dentro del término legal la parte recurrente presentó el escrito que en seguida se examinará.

Demanda

"Desde luego —dice el recurrente— el recurso debe prosperar, ya que la sentencia a que me referí es violatoria de la ley penal por indebida aplicación, pues en lugar de haber sancionado al señor Ospina conforme a lo dispuesto por el artículo 372 del Código Penal, le dio aplicación al 373, que no era el indicado con claridad y precisión.

"Y así fue como el Tribunal de Manizales al darle a los dictámenes periciales existentes en el proceso una errada interpretación, como consecuencia necesaria incurrió en error de derecho, lo que se demuestra con la copia pertinente de aquellos conceptos".

Luégo, transcribe lo esencial de los conceptos periciales, y concluye así:

"Existe, señor Magistrado, en la mayor parte de los Tribunales del país, especie de servidumbre mental que los hace ver desfiguración facial en toda cicatriz insignificante, que se borra con sencillo tratamiento fisioterápico; con tal de que peritos irresponsables empleen la frase sin darse cuenta de la tremenda trascendencia de ella. Y aunque, como en el caso presente expresen que

ésta es imperceptible. Y lo peor es que se forman el concepto de que cualquier cortada en la cara produce aspecto terriblemente repugnante, y es además, notorio en toda clase de personas".

Concepto del Procurador

El Agente del Ministerio Público en un gesto de benevolencia replica la demanda interpretando el pensamiento del recurrente, en el sentido de que la impugnación de la sentencia se hace por la causal primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. Pero en la misma exposición afirma que él adolece de técnica y precisión y que por tal motivo no es una verdadera demanda, y así expresa:

"El libelo no cita expresamente la causal de casación, y solamente aduce el cargo de que el fallo violó la ley penal, en cuanto hizo indebida aplicación del artículo 373, debiendo —según el criterio del demandante— tomarse como disposición aplicable el artículo 372 ibidem.

"Los motivos aducidos para sustanciar el cargo anterior, se reducen a una interpretación de los referidos dictámenes periciales y a consideraciones de orden general sobre una especie de 'servidumbre mental' de los Tribunales para considerar desfiguraciones faciales en presencia de cualquier insignificante cicatriz, que se borra, 'con sencillo tratamiento fisioterápico'.

"Sustentar de este modo la causal primera cuando se aduce con el carácter de exclusiva, es tarear ardua y compleja que exige la rigurosa observancia de la técnica de casación para que los cargos y motivos tengan una precisa comprobación y un fundamento indubitable que destruya la juricidad que se presumen para todo fallo.

"El error de derecho que invoca el señor apoderado de Uriel Ospina, mal puede quedar demostrado —como lo pretende— con la transcripción de todos los dictámenes sobre los numerosos reconocimientos en la persona de la víctima, pues para apreciar el alcance de éstos y con la sola lectura del último y definitivo, no se requiere menor esfuerzo de interpretación, sino sencillamente determinar uno de los elementos de la objetividad de la infracción para deducir su aplicación sobre los demás presupuestos requeridos para proferir fallo condenatorio, como son los que obran en este proceso expresamente admitidos, al no aducir en este recurso extraordinario ninguna causal diferente a la indebida aplicación del artículo 375 del C. P. cuya fundamentación en la sentencia es inobjetable.

"Como por otra parte la demanda no se ajusta a la técnica de casación según lo que se ha dejado expuesto, la Procuraduría solicita respetuosamente de la H. Corte que se declare desierto el recurso".

Se considera:

El recurso de casación se ha instituído con el fin de unificar la jurisprudencia nacional; pero para que él sea operante es indispensable que quien lo ejercita se sujete estrictamente a los términos señalados por la ley no sólo en su forma sino en su contenido intrínseco o de fondo El recurso no es una tercera instancia; por consiguiente, los escritos no tienen el carácter de alegatos sino el de una verdadera demanda sujeta a los ordenamientos legales. La omisión de cualquiera de estos requisitos —formal o material— inhibe a la Corte para hacer el estudio de la sentencia frente a la ley.

La demanda debe contener una solicitud —elemento volitivo de la acción— y una motivación, factor lógico de impugnación de la sentencia. Los motivos que son específicos —causales de casación— determinan el límite o ámbito dentro del cual se mueve la potestad jurisdiccional de la Corte en orden al control técnico jurídico de la sentencia y a las finalidades del recurso. La demanda debe contener una sintetización legal de crítica a la sentencia, invocación de la causal y motivos que la sustentan. La motivación de cada causal debe ser precisa y concreta para destruir los fundamentos jurídicos del fallo acusado.

Impugnada la sentencia por determinado motivo —causal de casación—, las razones en que se apoya tienen que guardar íntima relación con lo pedido. Sería ilógico —por decir lo menos— alegar una causal y fundarla en motivos pertinentes a otra. Cada error de interpretación consignado en la sentencia —expresa Calamandrei— constituye un motivo específico de impugnación Cuando se alega un determinado vicio de la sentencia se hace valer un derecho nacido de esa condición particular y la Corte —en Casación— no puede invalidar la sentencia por causal diversa a la que se invoca o por motivos distintos a los que debieron respaldarla, porque implicaría una extralimitación de su potestad jurisdiccional dentro del recurso de casación.

Lo importante en la técnica del recurso de casación es saber formular la demanda para obtener un resultado, o sea, el fin perseguido, anulación del fallo acusado. No es lo mismo alegar

en las instancias del juicio que confeccionar una demanda de casación. Lo primero, no está condicionado a reglas de técnica; lo segundo, implica conocimiento completo de las disposiciones legales que regulan el recurso que se decide ante la Corte.

"Por eso la casación —ha dicho la Corte— es defensa extraordinaria de la legalidad y como tal está sometida a particulares requisitos de forma y de fondo. Más que un recurso, es una acción de puro derecho que se intenta contra un fallo que se presume jurídico, y de ahí que haya necesidad de prueba suficiente para invalidar lo que se demuestre que contraría los preceptos que le dan consistencia ante la ley. Si es extraordinario, no puede confundirse con una tercera instancia. Si es limitado, no pueden tenerse en cuenta más causales que las expresamente invocadas. Si es especial, requiere una demanda ajustada a la técnica. Si es una acción que surge del conflicto entre la ley mal aplicada y la sentencia, no puede ser materia de argumentos expuestos antes de su pronunciamiento". (Casación de 3 de julio de 1954).

El simple enunciado de la causal —como lo hace el recurrente— indebida aplicación de la ley por no haberse sancionado el hecho de acuerdo con el art. 372 del Código Penal, sino de conformidad con el artículo 373 de la misma obra, no constituye una demanda, ora porque la petición no se ciñe a los requisitos de la ley, bien porque la causal se halla ausente de motivación, ya también, porque las razones alegadas —examen de hechos, prueba pericial— no sirven para respaldar la causal primera sino la segunda, errada interpretación o apreciación de los hechos.

Por lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, DECLARA DESIERTO el recurso interpuesto contra la sentencia de dos de noviembre de mil novecientos cincuenta y tres, en la cual se condenó a Uriel Ospina Castaño como responsable de lesiones personales causadas al doctor Carlos Gutiérrez, el veintiuno de mayo de mil novecientos cincuenta y uno, a la pena principal de seis meses de prisión.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — Julio E. Argüello, Secretario.

PROCEDENCIA DEL RECURSO DE REVISION

El recurso de revisión es de uso restrictivo, que no puede ampliar el juzgador.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, veinticuatro de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra)

Vistos:

El señor Conrado Narváez Zuluaga, por medio de apoderado, demanda la revisión del proceso que se le siguió en la Alcaldía de Fontibón por ejercicio ilegal de la medicina, y que culminó con la condena de dos años de prisión impuesta por el Juzgado Departamental de Garantías Sociales de Cundinamarca, según sentencia de fecha 19 de septiembre de este año.

Lo primero que debe examinar la Corte es la admisibilidad de dicho recurso extraordinario. Para tal efecto, considera la Sala:

1º—Narváez Zuluaga fue condenado como infractor del artículo 13 del Decreto Legislativo número 0279 de 1953, siguiendo el procedimiento señalado en la misma norma, o sea el de la Ley 48 de 1936.

2º—Ni el Decreto Legislativo antes mencionado, ni la Ley 48 de 1936 autorizan el recurso de revisión.

Sobre el particular es doctrina reiterada de la Corte:

"El recurso de revisión sólo es procedente tratándose de fallos judiciales. Un fallo de policía, como son los proferidos en virtud de la Ley 48 de 1936..., no es susceptible de este recurso". (Auto de 29 de julio de 1938. GACETA número 1937, página 670).

3º—El artículo 66 del Decreto Legislativo número 0014 de 1955, invocado por el demandante, estatuye que "contra las sentencias ejecutoriadas habrá lugar al recurso extraordinario de revisión ante la Corte Suprema de Justicia, en los casos contemplados por los numerales 3º, 4º y 5º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal".

Pero el precepto antes transcrito no es aplicable aquí:

a) Porque el recurso de revisión establecido en el artículo 66 comprende únicamente las sentencias ejecutoriadas proferidas por los "estados de especial peligrosidad" y por las infracciones a que aluden los artículos 7º, 36 y siguientes del Decreto 0014 de 1955; y en ninguna de esas normas se contempla el ilícito por el cual fue condenado el señor Narváez Zuluaga. A éste se le aplicaron las sanciones sobre ejercicio ilegal de la medicina, de que tratan particularmente los Decretos 0279 y 0920 de 1953;

b) Porque el artículo 83 del Decreto 0014 de 1955 dispone expresamente que sus disposiciones se aplicarán "a los procesos que se iniciaren con posterioridad a su vigencia, y comenzará a regir el 1º de febrero de 1955". Y el negocio contra el señor Narváez Zuluaga se inició el 1º de marzo de 1954, o sea con mucha anterioridad a la vigencia de aquel Decreto Legislativo; y

c) Porque la revisión no es propiamente un recurso que opere en una relación procesal todavía abierta o vigente; sino una acción extraordinaria y autónoma que surge después de hallarse terminado un proceso con sentencia definitiva ejecutoriada. Y siendo excepcional dicha acción, por cuanto afecta la autoridad de la cosa juzgada, sólo la ley puede regularla e indicar los precisos y determinados negocios a que ella se extiende. Por eso, la revisión es de uso restrictivo, que no puede ampliar el juzgador.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley NO ADMITE la demanda de revisión instaurada por el representante de Conrado Narváez Zuluaga, a que se ha hecho referencia.

No se reconoce, por lo tanto, al doctor Guillermo Fonnegra Sierra como apoderado de Narváez Zuluaga para el presente negocio.

Cópiese y notifíquese.

Domingo Sarasty M.—Jesús Estrada Monsalve Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra. — Julio E. Argüello R., Secretario.

PRESUNCION LEGAL DE RESPONSABILIDAD. — PRUEBA TESTIMONIAL.

1.—La presunción legal de responsabilidad en los delitos de robo o hurto la condiciona la ley al cumplimiento de tres requisitos esenciales, a saber: que las cosas robadas o hurtadas se encuentren en poder de la persona sindicada por la comisión del delito; que esta misma persona con anterioridad haya sido condenada en sentencia irrevocable por un delito contra la propiedad, y que la presunción legal no haya sido desvirtuada por los medios que la ley consagra. Cumplidos estos requisitos y demostrado el cuerpo del delito, la presunción legal del artículo 221 del Código de Procedimiento Penal tiene plena vigencia jurídica como prueba de la responsabilidad en los delitos contra la propiedad.

La presunción equivale a un indicio cuyo valor incriminativo está predeterminado por la ley, y ella permite prever unas mismas consecuencias derivadas de unos mismos hechos, actos o procederes; por esto es por lo que, "se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas" (artículo 66 del C. C.); y cuando las circunstancias o motivos son determinados por la ley, la presunción se denomina legal porque admite prueba en contrario, a diferencia de la presunción de derecho consagrada por el Código Civil, que no admite prueba en contrario.

El fenómeno jurídico que se opera con la presunción legal del artículo 221 del C. de P .P., es el de inversión de la carga de la prueba; es decir, que la persona sobre quien gravita una presunción de esta naturaleza puede probar en contra de ella para desvirtuarla, pues no siendo presunción de derecho, contra ella caben todos los medios consagrados por la ley. Pero si dentro del proceso no se aduce ninguna prueba, y por otra parte, se demuestra la condena anterior por un delito contra la propiedad, ella —la presunción legal— debe considerarse por el fallador como prueba de la responsabilidad.

2. — En el sistema de avaluación de la prueba testimonial para deducir responsabilidad, el Juez goza de libertad para apreciar la credibilidad del testimonio, pues siendo imposible reducir a fórmulas o mandamientos legales todas y cada una de las conclusiones de la crítica del testimonio, el criterio dominante debe ser el de libertad para valorarlo.

El sistema de tarifa legal de pruebas cuya característica predominante era la de entrabar la libertad del Juez en la apreciación de la prueba testimonial, fue sustituído en el nuevo Código de Procedimiento Penal por el de la amplitud y libertad para el juzgador. Dentro de este sistema, mediante la crítica del testimonio, examen de condiciones personales y sociales del testigo, condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, circunstancias en que fue percibido y aquellas en que se rinda la declaración, el Juez goza de amplitud para desentrañar la verdad y darle el valor que corresponda ante la ley. Es natural que la libertad del Juez en la apreciación de la prueba no es limitada; está condicionada a las diversas modalidades determinadas por el artículo 224 de la Ley 94 de 1938.

Si dentro de la valuación de la prueba indiciaria se siguieron estos principios, la Corte, en casación, no puede sustituir el criterio de apreciación del fallador, a menos que el demandante demuestre que se ha incurrido en un verdadero error de interpretación o apreciación de los hechos, o que se les atribuyó un valor que no tenían, o se les negó el que sí tenían, siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad. En otros términos, las condiciones determinadas por el numeral 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, deben probarse para que prospere el recurso. Mas, como el recurrente no ha demostrado el error proveniente de la mala interpretación o apreciación de los hechos (prueba indiciaria y presunción legal) en que hubiera incurrido el Tribunal, el

cargo que se hace a la sentencia no tiene consistencia legal y debe desecharse.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre treinta y uno de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

En sentencia de veintiseis de febrero de mil novecientos cincuenta y cuatro, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla condenó a **Manuel Antonio Cassianes Gómez, Juan Manuel Martínez Baquero** y **Manuel José Vélez Estrada** a la pena principal de cinco años de presidio, como responsables del delito de robo cometido contra los bienes de propiedad de la sociedad comercial denominada "E. R. Squibb & Sons Interamerican Corporation" domiciliada en la ciudad de Cali.

Contra esta sentencia, Juan Martínez Baquero y Manuel José Vélez Estrada, interpusieron recurso de casación; corrido el traslado, sólo el primero de los recurrentes por conducto de su apoderado formuló la correspondiente demanda.

Hechos

Con base en el denuncio presentado por Belford Bolívar y por informe del Departamento Nacional de Investigación, Seccional del Atlántico, se adelantaron las presentes diligencias para averiguar los hechos y la responsabilidad de sus autores con motivo del robo que entre los días diez y seis —horas de la noche— y diez y siete —horas de la madrugada— de enero de mil novecientos cincuenta y tres, se cometió en los depósitos de los Laboratorios de la sociedad comercial denominada "E. R. Squibb & Sons Interamerican Corporation", sucursal de Barranquilla.

El negocio en su tramitación fue adelantado de conformidad con las disposiciones de la Ley 48 de 1936, y cumplidas las formalidades propias a esta clase de procesos, el Juzgado Tercero Superior, con fecha veinte de agosto de mil novecientos cincuenta, condenó a la pena de nueve años de presidio como autores principales, a Manuel Antonio Cassianes Gómez, Juan Manuel Martínez Baquero y Manuel José Vélez Estrada, providencia que al ser revisada por el Tribunal, fue reformada en el sentido de imponer a los sindicados como pena privativa de la libertad, la de cinco años de presidio.

Demanda

Dos son las causales que se invocan: la primera y la segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Por técnica y por método, la Corte, estudiará primero la segunda, ya que por regla general, la primera se invoca como consecuencia de aquélla.

Causal segunda

Errada interpretación o apreciación de los hechos.

"En el proceso —dice el recurrente— no existe legalmente prueba plena o completa de la responsabilidad de Martínez Baquero en el robo de que trata el negocio. La sentencia ha considerado como elemento para configurar esa supuesta plena prueba, existentes indicios contra mi defendido.

"En efecto, se dice en el fallo... Comparte la Sala el criterio del fallador cuando reputó como grave indicio de la responsabilidad contra los acusados Cassianes Gómez, Martínez Baquero y Vélez Estrada el hecho de aparecer en su poder gran parte de las cosas sustraídas, porque, por regla general, el ladrón posee las cosas robadas. Este hecho tiene tal grado de probabilidad que es capaz de producir certeza moral en un hombre de sano juicio que procede con criterio dialectivo.

"La sentencia recurrida asimismo viola el artículo 217 del C. de P. P. porque en el supuesto y absurdo caso, como admito en gracia de discusión para esta argumentación, que fuera cierta la afirmación que en poder de Martínez Baquero se hallaron algunas cosas sustraídas, 'un solo indicio no **hará jamás plena prueba,** a no ser que sea necesario o presunción legal no desvirtuada'. Y contra Martínez Baquero no existe ni puede existir el indicio de supuestos antecedentes que el Tribunal rechaza en el fallo recurrido ni tampoco existe la presunción legal señalada en el artículo 221 del C. de P. P. porque no existe en el proceso prueba, con la copia legal, de sentencia irrevocable en su contra y como en su poder no se hallaron esas cosas sustraídas en manera alguna hay materia para la explicación de su adquisición".

Alega que Martínez Baquero el día en que se consumó el robo no estaba en Barranquilla sino

en la ciudad de Cartagena. Las declaraciones de Daniel H. Pautt y Heriberto Meléndez Mendoza confirman este hecho; por tanto, "estaba en imposibilidad física para haber cooperado en su ejecución por estar en Cartagena... De esta manera se destaca más la inexistencia de los supuestos indicios deducidos contra Martínez".

Se considera:

Tanto los elementos objetivos como subjetivos del delito fueron demostrados en el curso de la investigación; los primeros, con abundante prueba testimonial, con la comprobación de la propiedad, preexistencia y falta consiguiente de las mercancías robadas y luégo recuperadas; con el avalúo pericial de ellas y con la diligencia de inspección ocular; los segundos, responsabilidad de Martínez Baquero, con la declaración del Detective número 18; con las informaciones de Octavio Romero Durán y con la circunstancia de haberse encontrado en su casa la mayor parte de las mercancías robadas.

Octavio Romero, al ser capturado, dice que, noches anteriores a aquella en que se efectuó el robo de los Laboratorios Squibb, estuvo en compañía del hampón Manuel Antonio Cassianes Gómez y su cuadrilla; que trataron de cometer delitos contra la propiedad, los cuales fueron frustrados por diversos circunstancias, y que por los datos suministrados por Romero practicaron la requisa en casa de Manuel Martínez Baquero y Cassianes Gómez, en donde se encontraron la casi totalidad de las mercancías robadas.

Posteriormente, los mismos sujetos fueron capturados, sin que tuviera explicación justificativa el hecho de encontrarse juntos, y aun cuando Martínez Baquero expresa que por una fatal coincidencia fue sorprendido con Cassianes Gómez y sus compañeros, lo cierto es que esta asevevación se desvirtúa con el dicho de Eligio Goenaga, quien los capturó.

Martínez Baquero en su indagatoria manifiesta que el día en que se cometió el robo no se encontraba en la ciudad de Barranquilla sino en Sincelejo, y que el diez y siete estaba en Tolú Viejo; y así expresa:

"En las primeras horas de la mañana del diez y siete me levanté como a las ocho de la mañana y salí a preparar el picot para el baile poniéndole aceite al motor y le puse gasolina en casa de un señor Aureliano Merlano en presencia de él y de la señora; como he dicho, yo tomaba los alimentos en donde la mamá de Juan Ursola. Por la noche fue el baile en casa de una señora Rebeca que hace bailes todos los sábados, que queda para la salida de Tolú Nuevo".

Esta manifestación, producto de la espontancidad del declarante, en su primera intervención, no tuvo confirmación; las personas citadas para probar el hecho deponen en sentido contrario a lo dicho por Martínez Baquero.

Aureliano Merlano dice que conoció a Martínez Baquero en agosto de mil novecientos cincuenta y dos, con un negocio de Picot, y "que en el mes de septiembre del mismo año le compró el picot; que a partir de esta fecha no lo volvió a ver más". Socorro Rodríguez, esposa de Merlano, afirma que conoció a Martínez Baquero en el mes de agosto de mil novecientos cincuenta y dos cuando "llegó a este pueblo y ponía bailes de picot, de ese negocio vivía"; que luégo en el mes de septiembre estuvo en su casa "vendiéndole el picot a su marido, quien lo compró y desde esta fecha en adelante no lo ha vuelto a ver". Rebeca Montes afirma que conoce a Martínez Baquero, que "tenía el negocio de picot en compañía de Filadelfo López, que durante pocos días estuvo viviendo en Tolú y que después de vender el picot a Merlano se fue de pronto sin recordar la fecha precisa".

De manera que lo afirmado por Martínez Baquero en su indagatoria no es cierto, y que si bien es verdad que posteriormente a su primera manifestación cita a los señores Daniel H. Pautt y Heriberto Meléndez M. para que declaren, el primero, si estuvo en su establecimiento comprando accesorios para un 'picot', y el segundo, para que manifieste si le ayudó a transportar unos discos, estos testimonios nada prueban ni establecen el hecho de que el acusado el día de los acontecimientos estuvo en compañía de ellos en la ciudad de Cartagena; lo interesante y fundamental era probar las afirmaciones consignadas en la declaración indagatoria, mas no lo hizo, porque los testigos citados por Martínez dijeron la verdad; no estuvo en Tolú, ni concurrió al baile en calidad de contratista del "picot".

La circunstancia de encontrarse gran parte de las mercancías robadas en casa de los esposos Martínez Baquero y Lafont, es otro de los indicios que obran en contra del acusado.

La presunción legal de responsabilidad en los delitos de robo o hurto la condiciona la ley al cumplimiento de tres requisitos esenciales, a saber: que las cosas robadas o hurtadas se encuentren en poder de la persona sindicada por la comisión del delito; que esta misma persona con

anterioridad haya sido condenada en sentencia irrevocable por un delito contra la propiedad, y que la presunción legal no haya sido desvirtuada por los medios que la ley consagra. Cumplidos estos requisitos y demostrado el cuerpo del delito, la presunción legal del artículo 221 del Código de Procedimiento Penal tiene plena vigencia jurídica como prueba de la responsabilidad en los delitos contra la propiedad.

La presunción equivale a un indicio cuyo valor incriminativo está predeterminado por la ley, y ella permite prever unas mismas consecuencias derivadas de unos mismos hechos, actos o procederes; por esto es por lo que, "se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas" (artículo 66 del C. C.); y cuando las circunstancias o motivos son determinados por la ley, la presunción se denomina legal porque admite prueba en contrario, a diferencia de la presunción de derecho consagrada por el Código Civil, que no admite prueba en contrario.

El fenómeno jurídico que se opera con la presunción legal del artículo 221 del C. de P. P., es el de inversión de la carga de la prueba; es decir, que la persona sobre quien gravita una presunción de esta naturaleza puede probar en contra de ella para desvirtuarla, pues no siendo presunción de derecho, contra ella caben todos los medios consagrados por la ley. Pero si dentro del proceso no se aduce ninguna prueba, y por otra parte, se demuestra la condena anterior por un delito contra la propiedad, ella —la presunción legal— debe considerarse por el fallador como prueba de la responsabilidad.

No es indispensable que al proceso se hubieran allegado copias de las sentencias de primera y segunda instancia, por las cuales se condena a Juan Martínez Baquero a la pena de cuatro años de relegación a una Colonia Penal, ora, porque la ley no lo exige, bien, porque en los procesos que se tramitan de acuerdo con la ley 48 de 1936, los documentos de identidad y reseña dactiloscópica que se llevan en el Gabinete Central de Identificación tienen el carácter de pruebas legales mientras no se demuestre lo contrario.

"Ello es así —dice la Procuraduría— primeramente porque la ley no exige, para que se estructure la presunción legal de que trata el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal que se alleguen las copias del fallo condenatorio; en segundo lugar, porque se sabe con absoluta certeza y por medio de un documento público —que hace plena fe mientras no haya sido redargüido en falso— que el procesado sufrió una condena anterior y que la pagó, y esa constancia tiene el carácter de plena prueba conforme al artículo 4º del Decreto 805 de 1936; y, finalmente, porque como en anterior ocasión lo anotó la Procuraduría, 'proceder en otra forma, sería ajustar el ejercicio del ministerio penal y las decisiones de ese carácter a una verdad formal, fragmentaria, ficticia o convencional, y no a la verdad histórica, efectiva o material que es uno de los fines específicos que dominan en los procesos por infracciones criminosas'".

En el sistema de evaluación de la prueba testimonial para deducir responsabilidad, el Juez goza de libertad para apreciar la credibilidad del testimonio, pues siendo imposible reducir a fórmulas o mandatos legales todas y cada una de las conclusiones de la crítica del testimonio, el criterio dominante debe ser el de libertad para valorarlo.

"En la apreciación del testimonio —dice Gorphe— hay una cuestión de fondo y de hecho y los medios de procedimiento no pueden impedir la operación de la crítica judicial, sino al contrario, deben facilitarla". En cambio, "dentro del sistema de tarifa legal de pruebas —dice Dellepiane— la ley sujeta la prueba a ciertas condiciones que considera necesarias para determinar la certeza, de manera que, dadas dichas condiciones, el Juez debe necesariamente admitir como verdadero lo que según la ley, es por ellas demostrado".

El sistema de tarifa legal de pruebas cuya característica predominante era la de entrabar la libertad del Juez en la apreciación de la prueba testimonial, fue sustituído en el nuevo Código de Procedimiento Penal por el de la amplitud y libertad para el juzgador. Dentro de este sistema, mediante la crítica del testimonio, examen de condiciones personales y sociales del testigo, condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, circunstancias en que fue percibido y aquellas en que se rinda la declaración, el Juez goza de amplitud para desentrañar la verdad y darle el valor que corresponda ante la ley. Es natural que la libertad del Juez en la apreciación de la prueba no es ilimitada: está condicionada a las diversas modalidades determinadas por el artículo 224 de la ley 94 de 1938.

"El Juez de lo Penal —expresa el doctor Escallón— actualmente ha dejado de ser un funcionario rutinario y mecánico, encargado sólo de una especie de aritmética penal, es decir, de sujetarse rigurosamente a aquello que dice la ley

sin dar cabida a su apreciación propia. El Juez de lo Penal en la ciencia de hoy, es un funcionario vivo, que desciende hasta la realidad compleja de cada una de las personas que intervienen en el proceso, que basado en datos científicos investiga con libertad de apreciación la psicología, la antropología y los antecedentes sociales de cada una de las personas que deponen como testigos".

Si dentro de la valuación de la prueba indiciaria se siguieron estos principios, la Corte, en casación, no puede sustituir el criterio de apreciación del fallador, a menos que el demandante demuestre que se ha incurrido en un verdadero error de interpretación o apreciación de los hechos, o que se les atribuyó un valor que no tenían, o se les negó el que sí tenían, siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad. En otros términos, las condiciones determinadas por el numeral 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, deben probarse para que prospere el recurso. Mas como el recurrente no ha demostrado el error proveniente de la mala interpertación o apreciación de los hechos (prueba indiciaria y presunción legal) en que hubiera incurrido el Tribunal, el cargo que se hace a la sentencia no tiene consistencia legal y debe desecharse.

Causal primera

Ser la sentencia violatoria de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

"El fallo recurrido es violatorio de la ley penal sustantiva —dice el recurrente— porque aplicó indebidamente el numeral 1º del artículo 37 del Código Penal dándole equivalencia jurídica o alcance legal a una circunstancia de agravación penal (caso de los supuestos antecedentes contra Manuel Baquero) a un indicio grave de su responsabilidad... Si el fallo de primera instancia considera que militan contra Manuel Martínez Baquero "como indicios graves de responsabilidad" a) "Sus antecedentes delictivos" y el Tribunal en la sentencia recurrida afirma que uno de esos factores puntualizados en la sentencia de primera insta (sic) es la personalidad de los delincuentes deducida por el Juez fallador de esos antecedentes, aparece, H. Magistrados, que en la sentencia recurrida sí le dá valor de indicio grave a los antecedentes supuestos de mi defendido, puntualizados por el Juez **a quo** como también los toma como circunstancia de agravación penal.

"Martínez Baquero fue condenado ilegal e injustamente y su fallo condenatorio apenas tiene fundamento en un prejuicio creado en su contra que tomó la ilegítima e ilegal categoría de indicios graves por esos supuestos antecedentes. No se tuvo en cuenta el proceso penal ni los elementos probatorios recogidos en los autos. En síntesis, el fallo recurrido violó por omisión el artículo 203 del C. de P. P. y también, si es que la obsesión no podía ser apartada del criterio del Tribunal, se violó el artículo 204 del C. P. ya que por lo menos surgía una duda sobre su posesión jurídica por los cargos que se le formularon que legal y necesariamente debió desatarse en su favor".

Se replica:

No existe violación del artículo 37, numeral 1º del Código Penal, porque el Tribunal en la sentencia no consideró como indicio grave de la responsabilidad, como lo afirma el recurrente, una circunstancia de mayor peligrosidad (antecedentes judiciales de los acusados). Es evidente que la apreciación y el valor de grave indicio de la responsabilidad que el Juzgado dio a los antecedentes judiciales de los acusados, constituye un grave error, y que sobre esa prueba, de ser única, no podría edificarse el fallo; pero, también es cierto que, advertido el error oportunamente fue corregido por el superior al afirmar que "los antecedentes judiciales y de Policía no constituyen por sí solos indicios de responsabilidad respecto de un delito determinado. Sirven sí para demostrar la capacidad para delinquir que la constituye toda la vida anterior del procesado, con lo cual se hacen más vehementes los indicios con que se cuente, porque las cualidades morales son generalmente inmanentes".

El Tribunal no falló, como afirma el recurrente, "movido por una obsesión antijurídica... ni por una obsesión fundamentada en esos antecedentes que han sido para el Juez fallador y para el Tribunal la prueba máxima de la responsabilidad de Martínez Baquero". Basta lo que anteriormente se deja transcrito para desvirtuar la acusación.

La sentencia se funda en la verdad histórica de los hechos investigados y en las pruebas que demuestran la responsabilidad de sus autores, y, consecuente con ellos, el Tribunal, al individualizar la pena dio plena vigencia al artículo 37.

numeral 9º de la ley sustantiva en lo atinente a circunstancias de mayor peligrosidad, y, también, en lo relativo a "la personalidad de los delincuentes" para aplicar la sanción de acuerdo con el artículo 36 del Código Penal, lo cual implica que no hubo violación de la ley penal como lo afirma el recurrente. En estas condiciones, tampoco hay duda alguna que pueda resolverse en favor del procesado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, NO INVALIDA el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla con fecha veintiseis de febrero de mil novecientos cincuenta y cuatro.

Declara DESIERTO el recurso de casación interpuesto contra la misma sentencia por el procesado Manuel José Vélez Estrada, y condena en costas al recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — Julio E. Argüello, Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

LA PROVIDENCIA QUE DECIDE UN INCIDENTE DE RECUSACION PROMOVIDO CON BASE EN EL ARTICULO 1º DEL DECRETO 3346 DE 1950, NO TIENE RECURSO DE APELACION

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, catorce de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco.

El abogado doctor Adalberto del Castillo y Amador, en su condición de apoderado del Municipio de Barranquilla, recusó ante el Tribunal Superior de la misma ciudad al Juez 4º Civil del Circuito, doctor José Miguel Vásquez C., con fundamento en la causal de morosidad establecida en el artículo 1º del Decreto Extraordinario número 3346 de 1950, y por el hecho de que el mencionado Juez, hasta el día en que fue presentado el escrito de recusación, 2 de mayo de 1955, no había dictado el auto por medio del cual debía conceder o denegar el recurso de apelación que el Dr. del Castillo y Amador había interpuesto el 1º de marzo anterior, dentro del juicio de sucesión de Olimpia Villate.

Perfeccionado el incidente, fue fallado por el Tribunal en providencia de fecha 10 de junio último, en la cual denegó la recusación solicitada.

El peticionario doctor del Castillo y Amador interpuso recurso de apelación oportunamente, y habiéndole sido concedido, el expediente fue remitido a esta Sala de la Corte, donde se le ha imprimido el trámite previsto en el artículo 502 del C. Judicial.

Al contestar el traslado en esta disposición procedimental, el señor Procurador Delegado en lo Civil manifiesta que en su concepto el Ministerio Público no está obligado a intervenir en estos casos, y que de estarlo, vendría a configurarse la nulidad de lo actuado, pues en la primera instancia no fue oído en el incidente el Fiscal del Tribunal a quo.

Para resolver se considera:

En fallo de 6 de octubre de 1952, recaído en un incidente semejante al que ahora se estudia, esta misma Sala sentó el principio jurisprudencial —no modificado hasta ahora—, de que la Corte carece de competencia para conocer como juzgador de segundo grado de los incidentes de la naturaleza del que aquí se contempla.

Dice así el citado fallo:

"La causal de recusación por morosidad de los jueces en el despacho de los negocios a su cargo, es nueva dentro del derecho procesal vigente, pues, como antes se dijo, fue establecida por el Decreto Ley número 3346 de 1950, cuyo artículo 1º dice:

"Artículo 1º—A partir del 1º de enero de 1951 podrá ser recusado, lo mismo en los procesos civiles que en los penales, en los contencioso-administrativos y en los que se tramiten ante la jurisdicción del Trabajo, el funcionario que deje vencer, sin actuar, los términos que la ley señale al efecto, a menos que la demora se deba a fuerza mayor o caso fortuito.

"... ... ...

"Posteriormente se expidió el Decreto Extraordinario número 243 de 11 de febrero de 1951, 'por el cual se dictan algunas normas encaminadas a hacer más rápida y eficaz la administración de justicia en lo civil'. Por el artículo 5º de dicho Decreto se dispone lo siguiente:

'Artículo 5º—De las recusaciones que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto Legislativo 3346 de 1950 se promuevan contra los Jueces, ya sean municipales, de Circuito, Superiores, de Menores o del Trabajo, conocerá el inmediato superior jerárquico del Juez recusado. De las demás, según las reglas generales'.

'... ... ...

"Es de observarse, en primer término, que ninguno de los premencionados Decretos consagra el recurso de apelación contra los autos que de-

cidan de esta clase de acciones, pero ni siquiera señala el procedimiento que debe seguirse en la tramitación y fallo del incidente respectivo.

"Del contexto de la última disposición transcrita lo único que se advierte es el señalamiento de una competencia distinta de la establecida por el artículo 442 del C. Judicial, pues al paso que de la recusación de un magistrado conocen los demás que forman la Sala respectiva; o el Juez del mismo ramo y categoría, y a falta de éste el respectivo suplente si el recusado es un Juez, de acuerdo con el artículo 5º que se acaba de copiar, el conocimiento de la recusación por la causal de morosidad corresponde 'al inmediato superior jerárquico del Juez recusado'.

"Frente a este vacío de la ley especial y en orden a la solución del recurso interpuesto, se ofrecen al estudio y decisión de la Sala dos cuestiones, a saber: a) Si es jurídica, como lo estimó la mayoría del Tribunal (el Magistrado doctor Vanegas salvó su voto) y como lo sostiene el señor Procurador Delegado en lo Civil, aplicar al caso de autos las reglas del Código Judicial sobre la forma como se tramitan y sustancian las recusaciones por las causales en él señaladas, reglas que incluyen el recurso de apelación, en el efecto devolutivo, contra la providencia de primer grado que decida el respectivo incidente; y b) Si en el caso de ser aplicables por analogía tales reglas, corresponde a esta Sala conocer del recurso, al tenor de las atribuciones que el artículo 37 del mismo Código expresamente le señala.

"Respecto del primer punto cabe observar que se opone a la aplicación analógica de las disposiciones del Capítulo VI, Título XII, Libro II del C. Judicial, que trata de los impedimentos y las recusaciones, la naturaleza misma de la nueva causal de morosidad, ya que las contempladas en aquellos preceptos sólo reconocen como única fuente u origen la falta de imparcialidad en el juzgador, al paso que la establecida en el Decreto-ley número 3346 se dirige primordialmente a acelerar la marcha de la administración de justicia. Esta interpretación del Decreto-ley citado se conforma con el texto mismo de los considerandos que le sirven de fundamento...

'... ... ...

"Estos considerandos explican suficientemente el cambio introducido por el artículo 5º del Decreto-ley número 0243 de 1951 en punto a jurisdicción y competencia con relación a las normas comunes de que se acaba de hacer referencia. En los Decretos-leyes comentados no se previó el recurso de apelación de los fallos que hayan de pronunciarse en las acciones de recusación por ellos establecidos, porque eso equivaldría a agravar el problema de la lentitud de los procesos judiciales, de los contencioso-administrativos o del Trabajo Se previó, en cambio, un sistema de jurisdicción distinto, especialísimo: El conocimiento de estos incidentes corresponde al inmediato superior jerárquico del juez contra quien se dirija la recusación por negligencia.

"Si, pues, las leyes especiales comentadas no establecieron el recurso de apelación contra las acciones de recusación por ellas creadas en orden a hacer más eficaz y rápida la administración de justicia, y, muy al contrario, señalaron un grado especial de jurisdicción para desatarlas, ha de concluírse necesariamente que a estos incidentes no son aplicables por analogía los preceptos comunes por los cuales se rigen los casos de recusación en los procesos judiciales, y por ende, que los incidentes promovidos con base en el precitado artículo 1º del Decreto número 3346 de 1950 carecen del grado de revisión.

"Mas no sólo por este aspecto se puede afirmar que la Sala carece de jurisdicción para conocer del recurso de apelación interpuesto. Existe, además, otra razón fundamental que conduce a idéntica conclusión, y es ésta:

"En punto de competencia, no hay ni puede haber lugar a la aplicación por analogía de las reglas o preceptos que regulan casos o materias semejantes. Esa competencia debe estar expresamente señalada en cada caso particular, de acuerdo con las atribuciones concedidas por la ley a los funcionarios encargados por ella de ejercer en determinado negocio la jurisdicción que corresponde a la República. Así lo dice en términos de evidente claridad el artículo 143 del C. Judicial. Por tanto, es preciso resolver si en las disposiciones que fijan las atribuciones de esta Sala existe alguna que le dé competencia para conocer, como juzgador de segunda instancia, de esta clase de recursos.

"La facultad de revisión de esta Sala está circunscrita por el artículo 37 de la ley de procedimientos, que reza así:

'La misma Sala (de Negocios Generales) conoce en segunda instancia:

'1º—De los negocios civiles de que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

'2º—De los recursos de apelación y de las consultas de los autos dictados por funcionarios nacionales investidos de jurisdicción coactiva;

'3º—De los demás asuntos atribuídos a la Corte por leyes especiales en este grado de jurisdicción'.

"Los negocios civiles de que conocen los Tribunales en primera instancia, según lo determinan los incisos 1º y 2º del artículo 76 del mismo Código, son los contenciosos en que tenga parte la Nación o un Departamento, en los cuales se ventilan cuestiones de derecho privado, 'salvo los juicios de expropiación y los de que trata el artículo 40'.

"El negocio fallado por el Tribunal de Bogotá en primera instancia en esta ocasión no tiene origen en controversia alguna sobre cuestiones de derecho con relación a la Nación o a un Departamento. Es un simple incidente dentro de un juicio de lanzamiento, promovido entre particulares y adelantado ante un Juez Civil del Circuito. La recusación de que en dicho incidente se trata estriba en una causal nueva, establecida por una ley especial y para la cual ésta creó un grado especial de jurisdicción.

"De todo ello ha de concluírse que a falta de disposición expresa de la ley que le dé a esta Sala de la Corte potestad de juzgador de segundo grado en esta clase especial de asuntos en que no existe controversia sobre derechos estrictamente civiles entre el particular y la Nación o un Departamento, esta Sala de la Corte, no puede, sin incurrir en una verdadera usurpación de jurisdicción, avocar el conocimiento de este negocio como juzgador de segunda instancia, como lo dá a entender muy claramente el precepto contenido en el numeral 3º del artículo 37 del C. Judicial, transcrito anteriormente. En otros términos, se trata aquí de un asunto no comprendido dentro de las especificaciones que trae el inciso 1º del precitado artículo 37 del C. Judicial, no obstante haber sido fallado en primera instancia por un Tribunal de Distrito Judicial. Es una acción creada por Ley especial con miras de interés público, y para que esta Sala tuviera poder de revisión en esta clase de negocios, era necesario que la misma Ley le confiriera expresamente esa facultad".

En mérito de lo expuesto, este Despacho declara que no es competente la Sala de Negocios Generales para conocer y decidir del recurso de apelación interpuesto contra el auto de 10 de junio último, y ordena devolver los autos al Tribunal de Barranquilla.

Cópiese y notifíquese.

Roberto Goenaga — Jorge García Merlano,

Secretario.

LA ENEMISTAD, CAUSAL DE IMPEDIMENTO O RECUSACION. — ENTORPECE LA PRONTA ADMINISTRACION DE JUSTICIA. — PROVOCAR IMPEDIMENTOS O RECUSACIONES POR FUERA DE LAS CAUSALES TAXATIVAMENTE PREVISTAS POR LA LEY, O SIN PRUEBA PLENA DE LAS PREVISTAS

1.—La jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas decisiones, tanto de lo penal como de lo civil, en el sentido de no aceptar coma causal válida que configure el hecho previsto en el numeral 15 del artículo 435 del C. J., y sus concordantes, sino aquella enemistad que proviene de perturbaciones morales o psicológicas capaces de producir animadversión profunda que lleva a quienes la padecen a desearse y provocarse verdaderos males; en otras palabras, debe haber enemistad hija de la ira que es una pasión definida por la doctrina cristiana como "un apetito desordenado de venganza". Raras veces ocurre esta desgracia entre caballeros de formación académica tan seria como la que suponen las nobles disciplinas del foro que en Colombia es antesala de la magistratura o cámara de avezados juristas que se templaron con el ejercicio de la misma. Por lo demás, como herederos de los peninsulares hispánicos, somos quisquillosos y fácilmente irritables; pero las pasajeras reacciones de esta procedencia, no se pueden confundir con aquellas desgracias de la verdadera enemistad, sus causas y sus efectos.

2. — El provocar impedimentos o recusaciones por fuéra de las causales taxativamente previstas por la ley, o sin prueba plena de las previstas, entorpece la pronta administración de justicia, con detrimento de los derechos que se llevan a la controversia litigiosa. Porque es sabido que la reintegración de las salas con personal de conjueces deja expuesta la decisión de las causas, a imprevisibles dilaciones que no pueden evitarse, a pesar de la buena y aun excelente voluntad de los conjueces, quienes como personas particulares deben atender a múltiples obligaciones y diligencias propias, que les dificultan contribuir a la pronta evasión de los asuntos, preparados por funcionarios dedicados exclusivamente a ello. Así se explica que la ley haya sido estricta en la previsión de estas causales, cerrándole la puerta a motivos que dependan de la libre iniciativa de funcionarios o abogados, cuando no del ingenio de éstos, y aunque se funden en algo tan respetable como la simple delicadeza.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, treinta y uno de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis E. Cuervo A.)

Este auto, como relativo a una cuestión incidental, es interlocutorio cuyo pronunciamiento corresponde al ponente y tiene, desde luego, recurso de súplica (artículos 466, ord. 2º; 47 y 511 del C. J.).

Decide que no ha lugar el incidente sobre impedimento que se ha servido manifestar el señor Magistrado doctor don Roberto Goenaga.

Como habrá de verse, la causal señalada no cabe dentro del catálogo del artículo 435, cuyo numeral 14 quiso citarse, anotando por error numérico evidente el 16 del artículo 453.

Cuando el impedimento se manifiesta espontáneamente por el funcionario, no hay otra prueba de la causal que su propio dicho y ésta consiste en algo subjetivo o del fuero interno del juzgador, no se requiere otro requisito, cuando el hecho encaja dentro del cuadro legal, para que se produzca la separación siempre que sea inallanable, o que aún allanable, la parte haya de guardar silencio o se conozca de antemano que su voluntad es la de provocar la separación del magistrado. Siendo el juzgador colegiado, a veces el que se manifiesta impedido resulta ser al mismo tiempo el que sustancia la causa y suele poner directamente en conocimiento de las partes el hecho sobreviniente, o lo que pasa al que sigue en turno: esto último se acomoda mejor al art. 442, si bien se refiere exclusivamente a las recusaciones. Cuando el que se cree impedido no es el ponente lo co-

munica a éste para que la tramitación se inicie. En cualquiera de las dos hipótesis debe estudiarse si el hecho manifestado como tal, se funda en causal prevista por la ley y se halla debidamente probada conforme a su naturaleza. Tratándose de enemistad es posible que ella exista antes del juicio y que el magistrado sienta que ella le perturba su ánimo: entonces no cabe duda del impedimento y debe admitirse. Pero si sobreviene un hecho como el que ahora se contempla, tanto el magistrado como la parte o su representante pueden ser víctimas de una apariencia que convenga desvanecer, en bien de la administración de justicia.

Al lado de estos principios especiales del procedimiento han de tenerse presentes otros generales, como son el de que los incidentes que no procedan, deben "desecharse de plano" (artículo 394); que la administración de justicia es un servicio a cargo del Estado que se presta por los funcionarios designados conforme a la Constitución y a las leyes y con la indispensable colaboración de abogados inscritos; todos los cuales están ligados por juramentos solemnes para desempeñarse en sus respectivos cometidos ciñéndose a los dictados de aquellas normas. De tal suerte que no pueden abandonarse los cauces trazados por los procedimientos legales con criterio eminentemente objetivo, para darle entrada a consideraciones de orden subjetivo, personal o de otra clase, por muy explicables y respetables que sean. Así pasa frecuentemente con las cuestiones de enemistad. Y vale también anotar desde ahora que la jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas decisiones, tanto de lo civil como de lo penal, en el sentido de no aceptar como causal válida que configure el hecho previsto en el numeral 14 del artículo 435 del C. J., y sus concordantes, sino aquella enemistad que proviene de perturbaciones morales o psicológicas capaces de producir animadversión profunda que lleva a quienes la padecen a desearse y provocarse verdaderos males; en otras palabras, debe haber enemistad hija de la ira que es una pasión definida por la doctrina cristiana como un "apetito desordenado de venganza". Raras veces ocurre esta desgracia entre caballeros de formación académica tan seria como la que suponen las nobles disciplinas del foro que en Colombia es antesala de la magistratura o cámara de avezados juristas que se templaron con el ejercicio de la misma. Por lo demás, como herederos de los peninsulares hispánicos, somos quisquillosos y fácilmente irritables; pero las pasajeras reacciones de esta procedencia, no se pueden confundir con aquellas desgracias de la verdadera enemistad, sus causas y efectos.

Tampoco debe olvidarse que al provocar impedimentos o recusaciones por fuéra de las causales taxativamente previstas por la ley, o sin prueba plena de las previstas, se entorpece la pronta administración de justicia, con detrimento de los derechos que se llevan a la controversia litigiosa. Porque es sabido que la reintegración de las salas con personal de conjueces deja expuesta la decisión de las causas, a imprevisibles dilaciones que no pueden evitarse, a pesar de la buena y aun excelente voluntad de los conjueces, quienes como personas particulares deben atender a múltiples obligaciones y diligencias propias, que les dificultan contribuir a la pronta evasión de los asuntos, preparados por funcionarios dedicados exclusivamente a ello. Así se explica que la ley haya sido estricta en la previsión de estas causales, cerrándole la puerta a motivos que dependen de la libre iniciativa de funcionarios o abogados, cuando no del ingenio de éstos, y aunque se funden en algo tan respetable como la simple delicadeza.

Porque, después de haber funcionado la Sala sin estorbos ni escrúpulos que hicieran pensar en asomos de alguna enemistad entre el señor magistrado doctor Goenaga, y el señor abogado que representa al actor, resulta que éste, por causa de falsas informaciones, llega a atribuírle la especie de haber intervenido oficiosa e inexplicablemente en el veto de su nombre para un empleo judicial, por inconvenientes morales. Todo ello fue completamente rectificado, según consta en los documentos que explican el auto puesto por el doctor Goenaga para declararse impedido, y basta para deducir que no hay tal enemistad, ni mucho menos grave, entre el señor Magistrado y el señor abogado. Tampoco podría suponerse que episodio tan baladí fuera capaz de perturbar el bien templado ánimo del primero, ni menos para justificar en esta vía temores del segundo sobre la suerte del derecho que alega para su cliente: cuyos intereses sí se afectarían tanto como los de su contraparte, si se le diera cabida a tan innecesaria dilación.

En conclusión, se rechaza el motivo de impedimento manifestado por el señor doctor Roberto Goenaga, quien seguirá formando parte de la Sala.

Notifíquese.

Luis E. Cuervo A. — Jorge García M.,
Secretario.

I N D I C E

Págs.

SALA PLENA

Moción de duelo aprobada en Corte Plena con motivo de la muerte del ex-Magistrado de la Corte, doctor Campo Elías Aguirre. 361

Se rechaza la demanda de inexequibilidad de unos actos legislativos.—Se rechaza de plano la demanda presentada por el señor Germán Molina Callejas para que la Corte se pronuncie sobre la constitucionalidad de los Actos Legislativos número 1º de 18 de junio de 1953, y número 1º de 30 de julio de 1954.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A. 362

SALA DE CASACION CIVIL

Demanda sobre nulidad de un remate de unos bienes verificado en juicio ejecutivo. Nulidad procesal y sustantiva.—Partes en estos juicios.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 16 de diciembre de 1954, proferida en el juicio ordinario seguido por Ana Beatriz García de Pinzón, Alicia Díaz de Espinosa y Teresa García de Alba contra Rafael Mejía Bermúdez.—Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 364

El orden lógico en el examen de las causales no puede modificarse por el recurrente.—Causal séptima de casación.—Las acciones indemnizatorias por trabajos públicos con motivo de la ocupación permanente de la propiedad privada por la administración, son de competencia de la justicia ordinaria. Efectos del fallo sobre inexequibilidad.—La Corte casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pamplona el 28 de enero de 1955, en el juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios seguido por Pedro Felipe Lara y Roberto Moreno contra el Municipio de Cúcuta.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra..... 370

Acción petitoria de dominio.—En el juicio ordinario instaurado por Ricardo Sánchez V. contra el Municipio de Medellín, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín el 18 de junio de 1953, absolutoria para el Municipio demandado.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse 379

Apreciación de la prueba testimonial por el Tribunal sentenciador.—Error de derecho en la apreciación de la prueba.—El quebratamiento de la norma adjetiva que señala los casos en que puede concederse término probatorio en la segunda instancia de los juicios ordinarios no es denunciable en casación.—Prueba de la condición de heredero del demandado en los juicios de filiación natural.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de fecha 20 de enero de 1955, dictada en el juicio ordinario seguido por Blanca Alcira Laguna contra María Luisa Cartagena, sobre filiación natural y petición de herencia.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 387

Obligación del que vende un inmueble designando claramente sus linderos de entregar al comprador todo lo comprendido en ellos—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla el 12 de agosto de 1954, en el juicio ordinario adelantado por la sociedad anónima en liquidación "Laboratorios Kiuhan S. A." y el doctor Teófilo Kiuhan contra la "Fábrica de Tejidos Costeños Limitada".—Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada.... 395

Acción de filiación natural. — Relaciones sexuales estables y notorias.—No se casa la

Págs.

sentencia del Tribunal Superior de Cali, proferida el 18 de febrero de 1955 en el juicio ordinario seguido por Ana Rosa Pérez R., en representación de sus menores hijos Fabiola y Fernando Pérez, contra Julián y Alejandro Sardi García Arana, representados por Aída Arana de Sardi—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 402

Simulación y nulidad de un contrato.—Diferencia entre las dos acciones.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena el 26 de enero de 1955, en el juicio ordinario seguido por Leticia Novoa de Fernández contra Rúgero Novoa Meza y Filiberto Novoa Meza sobre el objeto expresado en el título de este aparte. Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 400

Prueba de la filiación legítima.—Acciones de impugnación de la filiación legítima.—Admisibilidad de las pruebas supletorias del estado civil en caso de faltar las principales.—Copias de copias de actas del registro del estado civil—La ilegitimidad de la personería en el apoderado de una de las partes es error "in procedendo", no "in iudicando", sólo alegable en casación por la parte indebidamente representada.—En la acción de petición de herencia la ley que señala la vocación hereditaria determina los derechos de los sucesores enfrentados e indica la cuota de lo que debe restituir el demandado, en cada caso.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Manizales el 26 de agosto de 1954, en el juicio ordinario iniciado por Julia Sánchez Carmona contra Pastora Sánchez de Landínez, Benjamín y Fructuoso López, Agueda y Jorge Jiménez.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 410

Juicio de venta o adjudicación de los bienes hipotecados.—Acción ordinaria sobre nulidad del juicio hipotecario.—La Corte casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, pronunciada en el juicio ordinario de Manuel Ernesto Gómez contra Filomena Hernández de Gómez y otros con fecha 17 de febrero de 1954, y en su lugar confirma la del juez del circuito en lo civil de Girardota, favorable a la parte demandada. Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila 429

Acción de filiación natural dirigida contra los herederos del presunto padre.—Personería de la parte demandada.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá, dictó en el juicio seguido por Ernestina Arias, en representación de su hijo menor Luis Carlos Arias contra María del Carmen o Carmelita Ballesteros Medina o Medina Ballesteros, representada por su madre natural Clementina Medina.—Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 437

Prestaciones mutuas en la reivindicación.—Restitución de frutos—Técnica de casación. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 18 de marzo de 1955, dictada en el juicio ordinario reivindicatorio de Jesús Perilla V. contra María Isabel Pardo M.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 441

Acción resolutoria de un contrato de compraventa.—Alcance del artículo 1934 del Código Civil.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín el 4 de febrero de 1954, en el juicio ordinario seguido por María Restrepo Toro contra Joaquín Gómez Z., sobre el objeto expresado.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse 447

Sociedad de hecho.—Sociedades comerciales entre padres e hijos.—La circunstancia de que el hijo habite en una misma casa con sus padres o con alguno de ellos, de que se prodiguen atenciones mutuas, vivan en armonía y se dispensen asistencia económica, no es bastante para presumir la existencia de una sociedad entre ellos.—La industria del hijo de familia no puede por sí sola figurar como aporte en sociedad de hecho con el padre o madre bajo cuya potestad vive.—La sociedad de hecho exige para serlo que se reúnan los elementos esenciales de las sociedades regulares.—No se casa

Págs.

la sentencia del Tribunal Superior de Tunja proferida el 18 de enero de 1955 en el juicio ordinario seguido por Hersilia Ruano v. de Rojas contra Jorge Aníbal Rojas. Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 454

Cobro de honorarios profesionales. — No se requiere constitución de apoderado judicial en la acción pública de nulidad de un acto administrativo para que un abogado pueda exigir el pago de honorarios profesionales. La Corte casa la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, dictada en el juicio ordinario de César Perdomo Cabrera contra Gratiniano Camacho M. y en su lugar confirma la sentencia dictada en el mismo juicio por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Neiva el 10 de noviembre de 1953. — Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila. 466

Reivindicación.—Técnica de casación.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, dictada en el juicio ordinario promovido por Saúl Parra Arteaga contra Zoila Rosa Reyes. — Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel 472

Alcance de la causal séptima de casación.— No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Montería en el juicio ordinario promovido por Esteban de Vargas A. contra Luis Felipe Llorente y otros.— Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel 475

Nulidad de un contrato de permuta.—En el juicio ordinario promovido por Domingo Zambrano y Guillermo Miranda contra Jesús María Rodríguez, la Corte decide no casar la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué el 11 de marzo de 1954—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse 479

Acción de indemnización por perjuicios. — Técnica de casación.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira el 21 de noviembre de 1953, en el juicio ordinario instaurado por el señor Víctor Pascualy Camargo contra la Compañía Productora de Yeso y Cal, Giraldo y Molina.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse 483

Nulidad de un contrato de transacción, celebrado entre esposos, y de la liquidación provisional de la sociedad conyugal en él contenida. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín proferida el 25 de noviembre de 1954 en el juicio ordinario iniciado por Luis E. Posada R. contra Adelina Mejía de Posada sobre declaración de nulidad absoluta de una escritura y otros objetos.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 487

Oposición a la línea divisoria fijada entre dos predios por el Juez en juicio especial de deslinde.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, de fecha 13 de agosto de 1954, proferida en el juicio ordinario de Mariano Zuluaga contra Alfonso Quintero Osorio y María Jesús Quintero de Tamayo.—Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila 492

La Corte se pronuncia sobre el alcance del modo sucesorio por causa de muerte, el sentido jurídico de la sentencia de adjudicación en juicio mortuorio y de la inscripción de tal sentencia en el Registro Público, y sobre los caracteres de la acción de pertenencia consagrada por la Ley 120 de 1928, y la petitoria de dominio y de división de la Ley 51 de 1943.—No se casa la sentencia de fecha 8 de mayo de 1953, pronunciada por el Tribunal Superior de Buga, en el juicio ordinario seguido por Edelmira Tascón de Núñez contra Ramón Tascón Núñez.—Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 502

Con base en la causal sexta de casación se declara nulo un juicio, sobre impugnación de la paternidad, por ilegitimidad de la personería en la parte demandada. No es posible decidir que unas mismas actuaciones judiciales son nulas respecto de una de las personas que forman una de las partes y al propio tiempo válidas en relación con las demás.—La Corte casa la sentencia

Págs.

pronunciada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el juicio promovido por Simón Bolívar Vargas contra María Elisa Amézquita o Bolívar y otros.— Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel .....

SALA DE CASACION PENAL

El delito de abuso de autoridad por demoras en la tramitación de los asuntos a cargo de un funcionario de la rama jurisdiccional. La Corte declara que el hecho imputado al doctor José María Pinilla Prada no se considera en la ley como infracción penal y ordena cesar todo procedimiento contra él.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 519

Recurso desierto.—Se ordena devolver al Tribunal Superior un proceso por haber perdido la Corte la jurisdicción sobre él.—Se ordena devolver al Tribunal Superior de Barranquilla el negocio seguido contra Amado Martínez de los Reyes y Rubén Darío González Gómez. — Magistrado sustanciador: Dr. Jesús Estrada Monsalve..... 522

Nulidades—Error en cuanto al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido.—Error relativo a la denominación jurídica de la infracción.—La Corte no invalida el fallo dictado por el Tribunal Superior de Cali el 12 de noviembre de 1953, por el cual condenó a Armando Illera Martínez, como responsable de los delitos de violencia carnal y aborto, y a María Josefa Delgado de Ramos por el delito de aborto. Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 523

Desistimiento. — Se acepta el desistimiento del recurso de casación interpuesto por el Fiscal del Tribunal Superior de Bogotá contra la sentencia del mismo Tribunal en virtud de la cual condenó a José Vicente Castañeda por los delitos de homicidio y lesiones personales.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro..... 532

Abuso de autoridad.—Se confirma la providencia del Tribunal Superior de Tunja por la cual se sobresee definitivamente en favor del doctor Marco Polo Sandoval, exjuez penal del Circuito de Guateque por los cargos que se le hicieron provenientes de actuaciones judiciales cumplidas en varios procesos penales. — Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro..... 534

Abuso de autoridad. — Rehusamiento de un juez en cumplir un mandato proferido por el superior jerárquico en ejercicio de sus funciones.—Se resuelve sobre la consulta del Tribunal Superior de Cali a su providencia de 3 de mayo de 1955 por la cual sobreseyó definitivamente en favor del doctor Neftalí Moncayo Guerrero por el delito de prevaricato.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra..... 538

Demanda de casación. — Se declara desierto el recurso interpuesto contra la sentencia de 2 de noviembre de 1953 del Tribunal Superior de Manizales, en la cual se condenó a Uriel Ospina Castaño como responsable del delito de lesiones personales.— Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 544

Procedencia del recurso de revisión—La Corte no admite la demanda de revisión instaurada por el representante de Conrado Narváez Zuluaga del proceso que se le siguió por ejercicio ilegal de la medicina.— Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra..... 547

Presunción legal de responsabilidad—Prueba testimonial. — No se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla de fecha 26 de febrero de 1954, por medio de la cual se condenó a Manuel Antonio Cassianes Gómez, Juan Manuel Martínez Baquero y Manuel José Vélez Estrada por el delito de robo.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 548

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

La providencia que decide un incidente de recusación promovido con base en el artículo 1º del Decreto 3346 de 1950, no tiene

Págs.

recurso de apelación.—Se declara que no es competente la Sala de Negocios Generales para conocer y decidir del recurso de apelación interpuesto contra el auto de 10 de junio de 1955 del Tribunal Superior de Barranquilla en el incidente de recusación promovido por el doctor Adalberto del Castillo y Amador contra el doctor José Miguel Vásquez C., Juez 4º del Circuito de Barranquilla, dentro del juicio de sucesión de Olimpia Villate.—Magistrado sustanciador: Dr. Roberto Goenaga..... 554

Págs.

La enemistad, causal de impedimento o recusación.—Entorpece la pronta administración de justicia, provocar impedimentos o recusaciones por fuera de las causales taxativamente previstas por la ley, o sin prueba plena de las previstas.—Se rechaza el motivo de impedimento manifestado por uno de los Magistrados de la Sala para conocer de un negocio en tramitación en la Sala de Negocios Generales.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A... 557

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS "TALLERES GRAFICOS MUNDO AL DIA"—CALLE 14 Nº 13-56—TEL. 14325.

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono número 14325, y será atendido inmediatamente.

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: LUIS ANTONIO ALVARADO PANTOJA

TOMO LXXXI - BOGOTA, COLOMBIA. NOVIEMBRE y DICIEMBRE DE 1955 - NUMEROS 2160 y 2161

S A L A P L E N A

ACUSACION CONTRA UN REGISTRADOR NACIONAL DEL ESTADO CIVIL.—SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO EN SU FAVOR—EL DELITO DE PREVARICATO

1.—Los funcionarios o empleados públicos incurren en la forma de prevaricación que el artículo 168 del Estatuto represivo sanciona bajo la denominación genérica de "Delitos contra la administración pública", de dos maneras: 1º Profiriendo sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley y expresa o manifiestamente injustos; y 2º Rehusando, negando o retardando un acto propio de sus funciones. Ambas modalidades requieren, para que la infracción se configure, que en el ánimo del empleado o funcionario concurran simultáneamente: dos elementos: el pleno conocimiento de la ilegalidad y la injusticia con que se ha desempeñado la función o con que ella se rehusa, deniega o retarda; y la simpatía hacia unos interesados o la animadversión hacia otros que han determinado la conducta activa o inactiva del infractor.

2.—En el delito de prevaricato (artículo 168 del C. P.), omitir es simplemente no hacer aquello a que el sujeto está obligado; rehusar es la abstención activa o sea oponer un acto negativo a la solicitud interpuesta, y retardar es dilatar en el tiempo la decisión que ha de tomarse para conceder o denegar lo pedido.

3.—Quien tiene la "suprema inspección y vigilancia de los organismos electorales", es la H. Corte Electoral. A ella le están asignadas entre otras, las atribuciones de elegir al Registrador Nacional del Estado Civil, sancionarlo o destituírlo; efectuar los escrutinios en las elecciones para Presidente de la República, Senadores y Representantes al Congreso y Diputados a las Asambleas Departamentales y hacer la correspondiente declaratoria de elección; nombrar los escrutadores y demás empleados que estime necesarios para el correcto ejercicio de sus funciones. y aprobar los nombramientos de Visitadores hechos por el Registrador Nacional; destinar a los diferentes Departamentos los Delegados Departamentales designados por éste, señalarles las zonas en que deben actuar, indicar el número de funcionarios que cada Delegado Departamental debe tener, y ordenar las investigaciones y visitas conducentes al buen funcionamiento de la actividad electoral, nombrando los agentes que han de practicarlas.

4.—Las expresiones de que hizo víctima el señor Registrador al doctor N. N. son sin duda reprobables, como contrarias a la ecuanimidad y ponderación que los servidores públicos deben observar en todos sus actos, sin que baste a justificarlas el proceder con que el segundo interviniera ante la

Registraduría en su calidad de jefe político, pues la Constitución y la Ley han dotado a los funcionarios investidos de autoridad o jurisdicción de la facultad de sancionar a quien los injuria o irrespeta por causa o con ocasión de las funciones que ejercen.

Corte Suprema de Justicia— — Sala Plena—Bogotá, tres de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

Debe calificarse el mérito de las presentes diligencias adelantadas contra el doctor Julián Cock Escobar, acusado por el señor Ricardo Castañeda Moreno de prevaricato y abuso de autoridad en el desempeño de las funciones de Registrador Nacional del Estado Civil; y a ello procede la Corte en Sala Plena, no obstante haberse adelantado la instrucción en la Penal, a virtud de lo dispuesto en el artículo 35 de la ley 89 de 1948, cuyo tenor —que no de otra manera puede interpretarse— es como sigue:

"El Registrador Nacional del Estado Civil será responsable ante la Sala de lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia por sus actos u omisiones en el ejercicio de su cargo, conforme a la legislación vigente. La Corte juzgará al Registrador en una sola instancia, en Sala Plena, y podrá comisionar a cualquier funcionario del orden judicial para el diligenciamiento del sumario".

Fueron origen de la denuncia, que el señor Castañeda Moreno ratificó bajo juramento ante el señor Juez Primero Penal del Circuito de Bogotá —comisionado para instruir el proceso—, las manifestaciones hechas por el sindicado en la carta abierta que éste dirigió al Director de "El Tiempo", con fecha 26 de noviembre de 1950, y que dicho diario publicó en su edición del día siguiente, cuyos son estos apartes:

"Lo del ansiado relevo en la oficina central, sí lo entiendo suficientemente. Ese es un deseo del doctor Gilberto Alzate Avendaño, ya anteriormente manifestado a mí, en forma insolente y desconsiderada, como él sabe tratar todas sus cosas. Pero no es a él a quien le corresponde relevarme de mi cargo oficial, en donde le estorbo, porque no LE HE QUERIDO COLABOREAR, porque no he querido poner la Registraduría del Estado Civil al servicio de sus apetitos desenfrenados de caudillo ambicioso, uniendo este organismo a su carro romano de victoria.

"El ha perdido el sentido de las proporciones y está creyendo que es el partido conservador, porque EN UNA HORA ACIAGA PARA ESA COLECTIVIDAD, los destinos de ella han venido a caer en manos torpes. Pero esa es la desgracia que suelen sufrir las colectividades políticas. El partido conservador... para su desgracia, ha venido a caer en manos de un sargento de ollas, no de un 'Mariscal', remoquete irónico con que lo motejan sus conciudadanos.

"Y es que estamos colocados, señor Director, en dos planos diametralmente distintos: yo soy un patriota, que busca la convivencia y la tranquilidad del país. El es un perro de presa, apetitoso e insatisfecho... El, a través de su vida política... ha hecho de la política una profesión de prostitución...

"Por eso, señor Director, yo le estorbo, le he estorbado y le estorbaré, mientras se me releva de esta posición, al Presidente actual de mi partido". (Lo subrayado es del denunciante).

El señor Castañeda Moreno comenta así lo transcrito:

"Esta última confesión del doctor Cock Escobar explica cómo y por qué, por odio y animosidad de dicho señor hacia la persona del Presidente del Directorio Nacional Conservador, doctor Alzate Avendaño, aquel indigno funcionario 'ha estorbado y estorbará' la cedulación y revisión cedular del partido conservador", y "configura lo que el Código de las Penas define como 'prevaricato', porque, por prevención hacia un dirigente político, aquel empleado ha 'estorbado' que los ciudadanos conservadores obtengan su instrumento de ciudadanía, que lo es el electoral, faltando así gravemente, escandalosamente, a los deberes de su cargo". (También ha subrayado el denunciante).

Al contestar el traslado de los autos el señor Procurador Delegado solicita se sobresea definitivamente en favor del funcionario acusado, por cuanto, en su concepto, no aparecen estructurados los ilícitos materia de la imputación.

Se considera:

Los funcionarios o empleados públicos incurren en la forma de prevaricación que el artículo 168 del Estatuto Represivo sanciona bajo la denominación genérica de "Delitos contra la administración pública", de dos maneras: 1º Profi-

riendo sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley y expresa o manifiestamente injustos; y 2ª Rehusando, negando o retardando un acto propio de sus funciones. Ambas modalidades requieren, para que la infracción se configure, que en el ánimo del empleado o funcionario concurran simultáneamente dos elementos: el pleno conocimiento de la ilegalidad y la injusticia con que se ha desempeñado la función o con que ella se rehusa, deniega o retarda; y la simpatía hacia unos interesados o la animadversión hacia otros que han determinado la conducta activa o inactiva del infractor.

Si **animadversión** es "enemistad u ojeriza" y si estas voces significan, a su vez, respectivamente, "aversión u odio mutuo entre dos o más personas" y "enojo y mala voluntad contra uno" —definiciones del Diccionario de la Lengua Española—, bien podría darse por demostrado en la persona del doctor Cock Escobar, cuyo carácter oficial se halla debidamente establecido, el móvil que en la disposición citada se contrapone al de la simpatía, en relación con el doctor Alzate Avendaño, pues las palabras con que el primero se refirió al segundo, en la carta de que se ha hecho mención, fueron en verdad injuriosas y acerbas. Pero antes es necesario preguntar: ¿la redacción y envío al Director de **El Tiempo** de ese documento, por parte del doctor Cock Escobar, estructura **materialmente** el delito investigado? ¿Ese hecho se encuentra previsto y sancionado como prevaricato en las leyes vigentes? ¿Obra en el informativo la llamada por Enrico Ferri "prueba jurídica"?

Forzoso es responder negativamente a estos interrogantes, porque ni aun interpretando analógicamente la terminología legal —si en el campo de la penalidad ello fuera posible— cabría darle a aquella publicación el carácter de una **sentencia,** como decisión que pone fin a un proceso civil o penal; de una **resolución,** como fallo de una autoridad de la rama ejecutiva, o de un **dictamen,** como concepto escrito de los peritos que intervienen en un juicio. Y si no hubo dictamen, resolución ni sentencia, tampoco puede hablarse de la intención de faltar en ellos a la ley y a la justicia, circunstancia que debe aparecer plenamente comprobada para que haya cuerpo de delito cuando la ley exige el elemento "a sabiendas" —como ocurre en el caso sub judice— para que el hecho constituya infracción penal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 273 del Estatuto Procesal.

De otro lado, la atenta lectura de la carta cuyos párrafos más vehementes relieva el denunciante y ha transcrito la Sala no permite concluir que en ella confiese el inculpado —como aquél asevera— la voluntad de estorbar y continuar estorbando la cedulación de los ciudadanos pertenecientes a una determinada colectividad política. Lo que del texto y contexto de ese documento se infiere es que el doctor Cock Escobar consideró inaceptables los reparos y exigencias hechos por el doctor Alzate Avendaño ante la Registraduría Nacional del Estado Civil, y que fue esa la causa para que el primero se refiriera al segundo en estos términos: "Yo le estorbo, le he estorbado y le estorbaré, mientras se me releva de esta posición, al Presidente actual de mi partido". Así lo explica, por lo demás, en su instructiva, el sindicado, con estas palabras:

"Tengo que advertir, en primer lugar, señor Juez, que el contenido de mi carta se desestructura si sólo se toma un párrafo aislado de ella, como ese que se acaba de transcribir y que se inicia con las palabras 'por eso', que es una forma deductiva del contenido total de mi comunicación. Ello equivale, en mi sentir, venga para ello un ejemplo, a iniciar el rezo del Confiteor (sic) desde donde dice, Poncio Pilatos fue crucificado. Digo yo en mi carta que porque no he puesto ni puse ni podía poner la Registraduría Nacional del Estado Civil, y mis atribuciones de Registrador Nacional del mismo al servicio de los apetitos y del querer voluntarioso del Jefe o Director del Partido Conservador Colombiano, quien desde días atrás me venía coaccionando, en tal sentido, le estaba estorbando, le estorbaba y le estorbaría en esa posición oficial, mientras se me relevaba de dicho cargo, que era la solicitud que dicho político le formulaba al Ministro de Gobierno, doctor Domingo Sarasty, en comunicación, dirigida desde Manizales, el día 25 de noviembre, que publicó la prensa local el día 26 del mismo mes, comunicación aquella a la cual me referí en la carta que dirigí a **El Tiempo** y que corre publicada en la edición del lunes 27, que es la que se me pone de presente. En dicha comunicación el señor Gilberto Alzate Avendaño, calumnia mi obra y gestión de funcionario, cuando dice que yo estoy estorbando la obra de la revisión de las cédulas de los ciudadanos colombianos, cayendo él mismo, a renglón seguido, en una flagrante contradicción, cuando afirma al Ministro de la Política, que para esa fecha —25 de noviembre— **ya hay revisadas** ochocientas mil cédulas de ciudadanía, de las cuales, según su misma afirma-

ción, quinientas mil, corresponden a sus copartidarios, es decir, a los conservadores...". (22 v. y 23, cuaderno 3º).

No está, por tanto, acreditada, en concepto de la Sala, la primera clase de prevaricato, que se denunció y dio por demostrada con la confesión del señor Registrador. ¿Pero aparece que éste omitiera, rehusara o retardara un acto propio de sus funciones?

Omitir es simplemente no hacer aquello a que el sujeto está obligado; rehusar es la abstención activa o sea oponer un acto negativo a la solicitud interpuesta, y retardar es dilatar en el tiempo la decisión que ha de tomarse para conceder o denegar lo pedido. Cuello Calón distingue entre el delito de omisión propiamente dicho, definido como "inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado", y el delito de comisión por omisión o falso delito de omisión, consiste en "la producción de un resultado delictivo de carácter positivo mediante inactividad cuando existe el deber de obrar".

Ningún cargo concreto se ha formulado al doctor Cock Escobar que pudiera estimarse comprendido en alguna o algunas de esas modalidades delictuosas. El prevaricato, en su configuración negativa, pretende estructurarse —para usar las muy vagas y generales imputaciones del escrito de denuncia— por "la forma negligente, incficaz, como concibió y desarrolló el trabajo que le estaba encomendado"; y por la declaración que publicó en El Tiempo sobre la necesidad de "aplazar las elecciones", cuando estaba para vencerse el período de los miembros del Congreso. El móvil (animadversión hacia el doctor Alzate Avendaño) estaría constituído por los agravios que el señor Registrador Nacional del Estado Civil profirió contra el entonces Presidente del Directorio Nacional Conservador, al rechazar éste la iniciativa de aquel aplazamiento.

Sobre la diligencia del doctor Cock Escobar en el ejercicio de sus funciones se allegó a los autos el testimonio de los doctores José de Jesús Duarte, Eduardo Escallón Rodríguez, Antonio José Sánchez, Ramón Becerra Arenas, Raúl Restrepo Jaramillo, Roberto Gómez Mejía y Antonio Bastidas Villota (34, 37, 39, 41, 48, 50 y 52 del cuaderno 3º), quienes, de modo unánime, atestiguan la aplicación del señor Registrador a sus labores propias, no sólo en las horas comunes de trabajo, sino en las extraordinarias y en los días feriados; su solicitud porque en toda la República cumpliesen las suyas los empleados subalternos, y su celo porque éstos observaran la más estricta imparcialidad política.

Dentro del sistema de la libre apreciación de la prueba testimonial por el juzgador, adoptado en la legislación vigente, la Sala les otorga entera fe a los declarantes, por sus condiciones personales y sociales y la confrontación de sus asertos con las demás piezas del proceso. La sospecha que sobre ellos pudiera recaer, por su relación de dependencia con el acusado, se disipa con documentos tan explícitos como la proposición aprobada por la H. Corte Electoral, en su sesión del 7 de diciembre de 1950, en que esta Corporación "expresa sus agradecimientos al señor doctor Julián Cock Escobar, por los servicios prestados por él como Registrador Nacional del Estado Civil, en su carácter de interino, y se complace en reconocer la probidad, consagración y patriotismo demostrados en el desempeño de sus funciones" (27, cuaderno 3º), y con la constancia del Jefe del Departamento de Negocios Generales, según la cual del 14 de noviembre de 1949 al 29 de enero de 1951 se produjeron en la Registraduría Nacional (oficinas centrales de Bogotá), 16.835 oficios, 17.944 telegramas, 1.420 resoluciones y 6.760 providencias.

En apoyo de sus descargos, el señor Registrador adujo la profusa documentación reunida en los cuadernos 1 y 2 del expediente, para que de su estudio "se deduzca —dice— con elementos suficientes de juicio, si yo he sido imparcial políticamente en el cumplimiento de la ley 89 de 1948 que juré cumplir y he hecho cumplir de modo irrestricto de todos mis subalternos, tomando las providencias conducentes para ello" (25 y v. cuaderno 3º). Entre las muchas circulares que allí obran, se halla la de 16 de diciembre de 1949, en que se les recuerda "a todos los funcionarios y empleados de las Registradurías Municipales, la obligación en que están de ceñir la totalidad de sus actos oficiales a la más absoluta imparcialidad política" (3, cuaderno 1); la de 17 de abril de 1950, en que se pide a los Delegados de la Registraduría Nacional se dirijan a los Registradores respectivos "sea cual fuere el partido a que pertenezcan encareciéndoles... se abstengan en absoluto de toda intervención en la política de los partidos" y de "aceptar influencias que menoscaben su independencia, imparcialidad y rectitud en el desempeño de las delicadas funciones que tienen asignadas" (4), y la de 20 de junio del mismo año, en que se recomienda a las Delegaciones "la debida imparcialidad, la mayor diligencia y una perfecta conciencia de

responsabilidad" en la aplicación del Decreto 002046 "por el cual se señala la nueva fecha para las elecciones de Senadores, Representantes, Diputados y Concejales y se dispone la revisión de las cédulas de ciudadanía y el levantamiento de nuevos censos electorales" (8).

En cuanto a la manera como el señor Registrador interpretara el espíritu de la ley 89 de 1948, merecen citarse los siguientes apartes del oficio 7081 de 8 de septiembre de 1950, visible al folio 24 del cuaderno 1º, dirigido al Delegado para el Departamento del Tolima:

"Obre usted conjuntamente con el otro Delegado, busque usted la armonía, el mutuo entendimiento, colabore con él conjuntamente siempre dentro de un plano de dignidad y de respeto, exija a todo su personal subalterno sin excepción de personas y sin consideraciones políticas, el cumplimiento de la ley, ya que ellos son solidarios con usted en su responsabilidad, y así obtendrá que la labor a nosotros encomendada sea llevada a cumplido efecto.

"Usted no entra a servir este cargo de Delegado para ejercer un mandato político de un partido, usted tiene sí, una filiación y una representación de ese grupo político, pero todos los que actuamos en este organismo electoral estamos impedidos legalmente para poner nuestras personas, nuestros sentimientos o nuestros afectos al servicio de una parcialidad. Ello por claro mandato de la ley" (25, cuaderno 1).

Si la primera de las imputaciones tendientes a configurar objetivamente el prevaricato como una conducta inactiva frente a un deber jurídico de obrar carece de fundamento, la segunda no es menos inválida. Se hace consistir ella por el denunciante en que el doctor Cock Escobar "se encarga de proclamar, desde las columnas de El Tiempo, que es necesario aplazar las elecciones, a sabiendas de que esto es imposible dado que se vence el período del personal de legisladores que ha de ser renovado, esto es creando unas circunstancias desfavorables para uno de los partidos políticos" (3, cuaderno 3º).

Quien tiene "la suprema inspección y vigilancia de los organismos electorales", es la H. Corte Electoral. A ella le están asignadas, entre otras, las atribuciones de elegir al Registrador Nacional del Estado Civil, sancionarlo o destituirlo; efectuar los escrutinios en las elecciones para Presidente de la República, Senadores y Representantes al Congreso y Diputados a las Asambleas Departamentales y hacer la correspondiente declaratoria de elección; nombrar los escrutadores y demás empleados que estime necesarios para el correcto ejercicio de sus funciones, y aprobar los nombramientos de Visitadores hechos por el Registrador Nacional; destinar a los diferentes Departamentos los Delegados Departamentales designados por éste, señalarles las zonas en que deben actuar, indicar el número de funcionarios que cada Delegado Departamental debe tener, y ordenar las investigaciones y visitas conducentes al buen funcionamiento de la actividad electoral, nombrando los agentes que han de practicarlas. Como lo estatuye el artículo 10 de la referida ley 89, las funciones del Registrador Nacional del Estado Civil no son otras que las de "Secretario Permanente de la Corte Electoral", y de ahí que en las 212 páginas de las actas de sesiones de esa Corporación —donde se aprecia, una vez más, el esfuerzo cumplido por el doctor Cock Escobar por llevar adelante su cometido con sujeción a las prescripciones legales— aparezca dando cuenta a la Corte de los trabajos realizados, de las dificultades relacionadas con la revisión de las cédulas de ciudadanía, de los métodos y prácticas de identificación, del movimiento del personal de registradores, visitadores y demás empleados electorales y —en una palabra— de la marcha general del servicio.

Ni la fijación de la fecha en que los comicios debían efectuarse era atribución de la Registraduría Nacional, ni el aplazamiento de los mismos dependía de la voluntad del Registrador o podía ser objeto —dentro de las limitaciones de su actividad funcional— de una decisión suya. La misma Corte Electoral carece de facultad semejante. La proposición de retardarlos no tuvo, pues, en el doctor Cock Escobar otra significación —ni admite intrínsecamente otro sentido— que la de un concepto personal públicamente manifestado, desprovisto de toda fuerza obligatoria.

En síntesis, frente a las acusaciones abstractas e inconsistentes que al doctor Cock Escobar le formuló el denunciante por supuestos delitos contra la administración pública, no existen en autos sino pruebas concretas de imparcialidad y diligencia, conforme a las cuales habrá de sobreseerse definitivamente en favor del sindicado, con fundamento en lo prescrito en el ordinal 1º del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal. "Todo el acervo probatorio que se deja relacionado —ha dicho la Procuraduría— conduce a la certidumbre de que en las actuaciones públicas allí ameritadas e imputables al doctor Julián Cock Escobar, no se cometieron los ilícitos que sancionan los artículos 168 y 172 del Có-

digo Penal, ni ninguno de los abusos de autoridad que, como los anteriores, aparejan responsabilidad a los funcionarios".

Resta decir que las expresiones de que hizo víctima el señor Registrador al doctor Alzate Avendaño son sin duda reprobables, como contrarias a la ecuanimidad y ponderación que los servidores públicos deben observar en todos sus actos, sin que baste a justificarlas el proceder con que el segundo interviniera ante la Registraduría en su calidad de jefe político, pues la Constitución y la Ley han dotado a los funcionarios investidos de autoridad o jurisdicción de la facultad de sancionar a quien los injuria o irrespeta por causa o con ocasión de las funciones que ejercen. Así lo estimó la propia Corte Electoral cuando aprobó por mayoría de votos, en su sesión de 29 de noviembre de 1950, la proposición en que se invitaba al señor Registrador "a que estudie la situación que se ha creado por su carta aludida y considere la conveniencia de presentar renuncia de su cargo". Allí expresó esa alta Corporación "su extrañeza por los términos descomedidos empleados por el doctor Julián Cock Escobar... en la carta dirigida por éste al señor Director de El Tiempo el día 26 de los corrientes, que son impropios del elevado cargo que desempeña, y manifiesta su inconformidad con ellos"; y los dos Magistrados disidentes, al votar negativamente lo propuesto, deploraron también "el tono agresivo y violento empleado por el señor Registrador... en su nota de 26 de noviembre dirigida a El Tiempo de Bogotá", si bien agregando que "Tantas censuras merece el señor Alzate Avendaño como el señor doctor Cock Escobar por el estilo que han empleado ambos en las publicaciones que han hecho por la prensa" (195 y 196, cuaderno 2º).

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena—, en ejercicio de la atribución especial que le confiere el artículo 35 de la ley 89 de 1948, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, previa audiencia de su Colaborador Fiscal y de acuerdo con él, SOBRESEE DEFINITIVAMENTE en favor del doctor Julián Cock Escobar por los cargos que se le hicieron en este proceso.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Luis Felipe Latorre — José J. Gómez—Manuel Barrera Parra—Aníbal Cardoso Gaitán—Luis Enrique Cuervo A.—Jesús Estrada Monsalve—Agustín Gómez Prada — José Ignacio Gómez Posse—Roberto Goenaga—José Hernández Arbeláez—Ricardo Jordán Jiménez—Julio Pardo Dávila—Camilo Rincón Lara—Domingo Sarasty Montenegro. Alberto Zuleta Angel—Alejandro Camacho Latorre, Conjuez.—Ernesto Melendro L., Secretario.



INEXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 5º DEL DECRETO Nº 2.770 DE 1953, POR MEDIO DEL CUAL SE ESTABLECE UN GRAVAMEN A LOS INMUEBLES QUE ATRAVIESE EL FERROCARRIL DEL VALLE DEL RIO MAGDALENA. — LA EXPROPIACION DE LA PROPIEDAD PRIVADA. — IMPUESTO DE VALORIZACION.—COMPENSACION ENTRE EL BENEFICIO RECIBIDO POR EL PASO DEL FERROCARRIL Y LA OCUPACION DE TIERRAS PARA SU CONSTRUCCION.— LA POTESTAD QUE TIENE EL GOBIERNO PARA TOMAR MEDIDAS EN USO DE LAS FACULTADES QUE EN ESTADO DE SITIO PUEDE EJERCITAR, NO SE EXTIENDE A DICTAR DISPOSICIONES QUE VULNEREN LA GARANTIA DADA AL DERECHO DE PROPIEDAD

1. — El artículo 5º del decreto legislativo número 2770 de 23 de octubre de 1953, viola el artículo 30 de la Constitución, que garantiza la propiedad privada, la que se conculca en forma evidente por el medio de tener como indemnizados a los propietarios, por la privación de sus tierras, con el beneficio que pueden derivar de la ocupación de las mismas.

En efecto, en uno de los incisos del art. 30 de la Carta, se establece que "por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, MEDIANTE SENTENCIA JUDICIAL E INDEMNIZACION PREVIA".

El texto del artículo 5º del decreto acusado dice: "Por el beneficio que el ferrocarril del valle del río Magdalena implica a los inmuebles que atraviesa, se establece como compensación, un gravamen equivalente al valor de los terrenos necesarios para las zonas de la vía y para las instalaciones a que se refiere el parágrafo del artículo 3º de este decreto".

Ahora bien, no puede afirmarse que, en todo caso, el valor de las zonas ocupadas por la vía se compense matemáticamente con el solo paso del ferrocarril por las tierras aledañas: ocurrencias habrá en que la tierra valga más que el beneficio, como habrá otra en que el beneficio sea superior al precio de la tierra, pero será verdaderamente fenomenal la de una perfecta equivalencia entre el daño y el beneficio.

2.—No hay duda que impuestos como el llamado de VALORIZACION, de que trata la ley 25 de 1921, son justos y de conveniente recaudo; pero no puede decirse que SIEMPRE se obtenga beneficio por un propietario de tierras por la realización de obras cercanas a su predio. Por ello el legislador ha establecido que, en cada caso particular, mediante pruebas aducidas por las partes, entre otras, la pericial, se regulen daños y beneficios, en guarda de la justicia.

3.—La garantía de la propiedad que la Constitución consagra no significa un obstáculo a la realización de toda clase de obras de interés público o social; el propio artículo establece que la propiedad tiene una función social que implica obligaciones y, sobre todo, que las expropiaciones pueden realizarse por motivos de utilidad pública o de interés social, siempre y cuando que se defina por la ley, que se decreten por sentencia judicial y que de antemano se indemnice a los propietarios, circunstancias que no implican procedimientos largos o dispendiosos.

4.—El artículo 5º del decreto legislativo 2.770 de 23 de octubre de 1953, quebranta el artículo 26 de la Constitución, que establece que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. Ello porque mediante el citado artículo 5º del Decreto se prescinde de toda autoridad judicial y de todo procedimiento para expropiar.

5.—La potestad que tiene el Gobierno para tomar medidas en uso de las facultades que en estado de sitio puede ejercitar, no se extiende a dictar disposiciones que vulneren la garantía dada al derecho de propiedad. (Ver G. J. Tomo LXXVIII, número 2.140, pág. 329).

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena—Bogotá, a quince de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El doctor Manuel José Vargas Ramírez, obrando en su propio nombre y en el del doctor Luis Jaramillo Montoya, le pide a la Corte que declare inexequibles los artículos 3º, 4º y 5º del decreto legislativo número 2770, de 23 de octubre de 1953, que son del siguiente tenor:

"Artículo 3º—La anchura mínima de la zona destinada a la construcción del ferrocarril del valle del río Magdalena será de treinta (30) metros a cada lado del eje de la vía, o sea de sesenta (60) metros en total.

"Parágrafo. Para la construcción de estaciones, campamentos, apartaderos y otras anexidades de la vía, se tomarán los terrenos adicionales que fueren necesarios para dichas instalaciones.

"Artículo 4º—Los terrenos necesarios para las zonas del ferrocarril del valle del río Magdalena y para las instalaciones a que se refiere el párrafo del artículo anterior, se cercarán por cuenta de la obra.

"Artículo 5º—Por el beneficio que el ferrocarril del valle del río Magdalena implica a los inmuebles que atraviesa, se establece como compensación, un gravamen equivalente al valor de los terrenos necesarios para las zonas de la vía y para las instalaciones a que se refiere el parágrafo del artículo 3º de este decreto.

"Se exceptúan de este gravamen los inmuebles situados dentro del perímetro urbano de las poblaciones y las propiedades menores de una hectárea, en la fecha del presente decreto".

La demanda.—Dice el demandante que las disposiciones acusadas violan el principio de equidad o igualdad ante la ley y, en especial, señala como quebrantados los artículos 16, 20, 26, 28, 30, 33 y 34 de la Constitución Nacional. Este principio de la igualdad, como lo ha expresado la Corte, se deduce de varios preceptos del Estatuto Fundamental, tales como el 16, que ordena "proteger a todas las personas residentes en Colombia"; el 20, que establece pareja responsabilidad para todos "por infracción de la Constitución y de las leyes"; el 26, que permite a todos los individuos exigir a las autoridades el cumplimiento de "la plenitud de las formas propias de cada juicio", y el 28, que estatuye que "nadie puede ser penado sino porque una ley anterior haya prohibido el hecho y le haya señalado la pena correspondiente".

Como fundamento de su acusación hace el mismo demandante extensos razonamientos, que pueden resumirse así:

La medida tomada en el decreto acusado es inequitativa, porque son todos los ciudadanos de Colombia, o por lo menos quienes tienen intereses vinculados en la región, los que se benefician de la obra del proyectado ferrocarril, y no solamente los dueños de los terrenos sobre los cuales van a tenderse los rieles, lo que no sucede con el arreglo y pavimentación de las calles de una población, por ejemplo, caso en el que obran factores de valorización efectiva para los vecinos de las poblaciones favorecidas.

El decreto consagra en sus preceptos que "el perjuicio es equivalente a la ventaja que se va a alcanzar, que el daño no podrá nunca ser superior al beneficio". Pero puede ocurrir que sean mayores los perjuicios que los beneficios, y aún puede suceder que el dueño de un predio reciba perjuicios sin beneficio alguno. "En caso de no existir valorización en los terrenos que atraviesa la línea férrea o de que el monto del valor de las tierras que se le toman a un hacendado sea superior en un cincuenta por ciento al posible beneficio, habrá una verdadera confiscación".

Después de enunciar sus conceptos sobre la base de los tributos, sobre la conveniencia de establecer más bien un impuesto de valorización, y sobre la desigualdad que contempla el decreto con la expropiación de las zonas, añade:

a) El decreto quebranta el artículo 16 de la Constitución, que establece la protección para la vida, honra y bienes de todos los residentes en Colombia. El legislador expidió, para evitar el enriquecimiento sin causa, las leyes 83 de 1935 y 1ª de 1943, sobre expropiaciones, que establecen ciertas bases de equidad al efecto: expropiación con indemnización en la mayoría de los casos; consignación del valor que aparece en el catastro, más un veinte por ciento; avalúo del inmueble. Con este procedimiento se protegen los bienes de los asociados y el Estado adquiere lo que necesita.

"También existen las disposiciones sobre impuesto de valorización, donde a la vez que se logra para el fisco la compensación de la inversión por el mayor valor que adquieren los inmuebles favorecidos, se hace una distribución equitativa del costo de la obra entre quienes son los directamente beneficiados, disposiciones que consa-

gran entre otros preceptos la ley 25 de 1921, ley 51 de 1926 y ley 1ª de 1943".

"Con la simple compensación de la zona con el posible beneficio, se desconocen los sabios preceptos que estas leyes consagran, que son verdadera protección de la entidad pública y del ciudadano. Lejos la autoridad de respetar los bienes de aquellos propietarios por donde ha de pasar la ferrovía, se comete un atropello a sus intereses, al impedir que reciban como contraprestación a lo expropiado el justo y comercial valor de la zona que necesita la nueva empresa".

b) El decreto viola el artículo 30 de la Carta, que garantiza la propiedad privada y los derechos adquiridos, porque si es verdad que el Estado necesita hacer la obra del ferrocarril de que se trata, no se desprende que el gravamen de parte de su costo lo sufran sólo los dueños de los predios aledaños, que en justicia deben repartirse en proporción al beneficio recibido por las fincas mejoradas.

La función social de la propiedad, de que habla la Constitución, no puede llegar hasta el extremo de enriquecer al Estado y a unos ciudadanos en perjuicio de otros, porque en el propio precepto se establece que por razones de equidad podrán determinarse los caso en que haya lugar a expropiación sin indemnización, mediante el lleno de ciertas formalidades que aquí no se han cumplido, ni existe disposición que haya dicho que en esta eventualidad hayan obrado esas razones de equidad, como se ve de la lectura de los considerandos del decreto.

c) El decreto viola el artículo 33 de la Constitución, porque en este artículo se autoriza, en tiempo de turbación del orden público, y sólo para atender a su restablecimiento, que la expropiación la decreten autoridades que no sean judiciales y que no se cumpla con la indemnización previa. Pero la propiedad sólo puede ser temporalmente ocupada, más únicamente para las necesidades de la guerra o para destinar a ella sus productos, y "el decreto dispone la expropiación definitiva y no temporal".

d) El decreto quebranta, además, el artículo 34 del Estatuto Fundamental, pues en éste se prohibe imponer la pena de confiscación, que se consagra en las disposiciones acusadas: "para el punto en concreto se requiere una ley previa que determine las circunstancias en que no haya lugar a indemnización, para luégo, en el caso específico, poder el Gobierno, sujetándose a la ley, declarar que no hay lugar a ella", pues no queda al arbitrio del Gobierno determinar los eventos en que no haya lugar a indemnización, "sin sujeción a preceptos o reglamentos preestablecidos".

e) En fin, debe criticarse el decreto por cuanto para adquirir un terreno se requiere providencia suficiente para sacar del patrimonio particular un bien, mediante la cancelación del título en la oficina de registro correspondiente. Ahora bien, no cabe la permuta planteada en el decreto: porque el Gobierno expropia con indemnización o sin ella y la providencia le sirve de título, o impone un tributo como el de valorización; pero en ningún caso pueden el legislador ni el Gobierno declarar por sí y ante sí, sin las formas propias de un juicio, que un terreno ajeno pase a su exclusivo patrimonio, por compensación con los beneficios que se supone va a obtener con la obra el expropiado.

Concepto del Procurador.—El señor Procurador opina que el decreto acusado no quebranta la Constitución Nacional, argumentando, en resumen, lo siguiente:

a) El Decreto "es una norma de carácter general que no afecta solamente a determinado propietario, sino a todos aquellos por cuyos terrenos pase la zona prefijada para la línea férrea".

b) No puede alegarse la violación de las leyes sobre impuesto de valorización, porque en acusaciones de inexequibilidad no pueden invocarse sino violaciones de la Constitución.

c) Al expresar la Constitución que la propiedad es una función social, o mejor, que tiene una función social, está diciendo que la propiedad está limitada por todo aquello que interese al bien común; al declarar de utilidad pública la zona que ha de atravesar una vía férrea, no desconoce el derecho de propiedad, puede, por tanto, el Gobierno, para realizar esta obra de utilidad pública, "ocupar las zonas correspondientes para la vía y las instalaciones técnicas a que haya lugar".

d) Con el decreto acusado, especialmente en su artículo 5º, propendió el Gobierno "a crear un sistema especial de tributación, para compensar el beneficio recibido por las propiedades que atraviesa el ferrocarril del Magdalena".

e) El demandante olvida el carácter de obra de interés público o social y, además que, con el impuesto de valorización los propietarios directamente favorecidos "hubieran resultado gravados en cantidades mucho mayores de las que representa el valor de las zonas, dado el inmenso costo de una obra de la magnitud y proporcio-

nes de la del Ferrocarril del Valle del Magdalena".

f) En el caso del decreto acusado la cuantía del impuesto de valorización "se ha fijado de antemano en una suma equivalente al valor de la zona ocupada", sin que ello sea óbice al reconocimiento de perjuicios cuando obren otros factores que los generen, por ejemplo, cuando la finca pierda su valor por el fraccionamiento o cuando su aprovechamiento se perjudique notablemente, cuestiones distintas de la determinación prefijada del gravamen.

Por estos motivos considera la Procuraduría que los preceptos acusados no quebrantan ninguno de los de la Constitución.

Consideraciones de la Corte.—La Corte estima que las disposiciones acusadas no adolecen de ningún vicio de inconstitucionalidad en cuanto determinan el ancho de la zona destinada a la construcción del ferrocarril; ni en cuanto establecen que para el efecto sea necesario tomar los terrenos indispensables para estaciones, campamentos, apartaderos y otras anexidades de la vía; ni en cuanto ordenan que los terrenos han de cercarse por cuenta de la obra; ni en cuanto exceptúan algunos inmuebles del gravamen de valorización que se considera. En todo ello apenas se encuentran previsiones que pueden considerarse como de carácter técnico y, de todos modos, no afectan de suyo el patrimonio de los dueños de los predios que ha de atravesar la vía proyectada.

Pero la acusación que se ejercita procede en cuanto el artículo 5º del Decreto acusado quebranta lo dispuesto en los artículos 30, 26, 121 y 33 de la Constitución Nacional.

El citado artículo 5º del Decreto viola el artículo 30 de la Constitución, que garantiza la propiedad privada, la que se conculca en forma evidente por el medio de tener como indemnizados a los propietarios, por la privación de sus tierras, con el beneficio que pueden derivar de la ocupación de las mismas.

En efecto, en uno de los incisos del texto citado se establece que "por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, **mediante sentencia judicial e indemnización previa**" (se subraya).

Ahora bien, no puede afirmarse que, en todo caso, el valor de las zonas ocupadas por la vía se compense matemáticamente con el solo paso del ferrocarril por las tierras aledañas: ocurrencias habrá en que la tierra valga más que el beneficio, como habrá otras en que el beneficio sea superior al precio de la tierra, pero será verdaderamente fenomenal la de una perfecta equivalencia entre el daño y el beneficio.

No hay duda que impuestos como el llamado de **valorización**, de que trata la ley 25 de 1921, son justos y de conveniente recaudo; pero no puede decirse que **siempre** se obtenga beneficio por un propietario de tierras por la realización de obras cercanas a su predio. Por ello el legislador ha establecido que, en cada caso particular, mediante pruebas aducidas por las partes, entre otras, la pericial, se regulen daños y beneficios, en guarda de la justicia. Así, en la ley 51 de 1916, al hablar del avenamiento de pantanos, se ordena el avalúo, por medio de peritos, de las tierras beneficiadas, para saber quién debe a quién y cuánto (artículo 4º); la citada ley 25 de 1921 dispone la tasación sobre catastros especiales de los predios que han de beneficiarse con las obras proyectadas; y la ley 83 de 1935 autoriza deducir el beneficio del monto de la indemnización.

No quiere dejar de advertir la Corte que la garantía de la propiedad que la Constitución consagra no significa un obstáculo a la realización de toda clase de obras de interés público o social; el propio artículo establece que la propiedad tiene un función social que implica obligaciones y, sobre todo, que las expropiaciones pueden realizarse por motivos de utilidad pública o de interés social, siempre y cuando que se definan por ley, que se decreten por sentencia judicial y que de antemano se indemnice a los propietarios, circunstancias que no implican procedimientos largos o dispendiosos. Que todo ello puede hacerse en forma rápida y eficaz, que no demore la realización de las obras, lo acreditan las leyes de expropiación vigentes, que en forma breve y sumaria establecen los modos de realizarla, sin descuidar aquellos requisitos constitucionales de amparo a la propiedad.

Confirman aquellas razones de la Corte sobre la inexequibilidad del precepto aludido, otros fallos de esta misma corporación.

Así, en el de 4 de noviembre de 1927, se declaró inexequible el artículo 2º de la ley 84 de 1920, en la parte que dice que "los perjuicios no podrán exceder del veinte por ciento del valor de lo expropiado". Para resolverlo así aceptó la Corte el concepto del Procurador, que expresa que "los perjuicios que se puedan ocasionar con una expropiación son algo completamente inde-

terminado, que no puede apreciarse sino teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto. Y así como en esta materia jamás puede hablarse de perjuicios en abstracto o hipotéticamente, es decir, de los que pudieren presentarse, sino de los que efectivamente se han ocasionado, de la misma manera tampoco puede admitirse que con anticipación y como regla general para todos los casos, se fije de una vez la cuota máxima de los perjuicios".

Y después de decir que hay casos en que el perjuicio puede ser hasta superior al valor de la finca expropiada y otros en que no sólo no se ocasiona perjuicio alguno sino que se produce un beneficio, concluye: "Según esto, cuando en el artículo 2º de la Ley 84 de 1920 se establece que los perjuicios en una expropiación no pueden exceder en una proporción mayor del veinte o del cincuenta por ciento del valor catastral de la finca, se establece una norma contraria a todos los principios jurídicos que regulan esta materia de la indemnización de perjuicios, y que contrarían también la garantía de la plena indemnización que consagra el artículo 31 (hoy 30) de la Constitución Nacional" (G. J. Tomo XXXIV, números 1761-62, página 114).

Y en sentencia de 10 de agosto de 1954 se declaró inexequible el artículo 1º del decreto número 2460-bis de 1952, que determinaba que el avalúo catastral debía tomarse **como base única** para medir el monto de las indemnizaciones por expropiaciones, expresando, entre otros conceptos los siguientes:

"El traspaso de la propiedad, mediante expropiación, no puede efectuarse sin previa indemnización, la cual ha de compensar todos los perjuicios que por la expropiación misma se ocasionen al expropiado, en forma que, por una parte, no constituya para él pérdida alguna, ni por otra, sea fuente de ganancia. La indemnización debe reparar en toda su extensión el perjuicio causado con la expropiación al propietario: a éste no debe pagársele más ni concedérsele menos que el perjuicio efectivamente sufrido por él. Pero si en vez de indemnizar al propietario se le paga apenas el avalúo catastral de su propiedad, se quebranta directamente la norma consignada en el artículo 30 de la Constitución". (G. J. tomo LXXVII, número 2140, página 328).

La acusación que se ejercita procede también en cuanto el artículo 5º del Decreto acusado quebranta el artículo 26 de la Constitución, que establece que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. Ello porque mediante el citado artículo 5º del Decreto se prescinde de toda autoridad judicial y de todo procedimiento para expropiar.

En apoyo de lo expuesto, basta con reproducir lo dicho en el fallo antes citado sobre este punto:

"La Corte, además, considera las disposiciones acusadas como violatorias de la garantía establecida en el artículo 26 de la Constitución, porque si para todas las formas de adquisición de las propiedades necesarias para el llamado 'Paseo de los Libertadores', sea en forma de arreglo amigable, sea por expropiación, sea cuando el dueño ejercita las acciones indemnizatorias del derecho común, el propietario sólo tiene derecho al valor señalado en el catastro, los juicios mismos carecen de objeto, puesto que en ellos no queda nada por discutir entre el Estado y el dueño de la propiedad expropiada. La expropiación de la propiedad privada es válida en cuanto no signifique una transgresión de la regla del debido procedimiento legal, que constituye una garantía sustantiva de la libertad civil, y ésta exige que la limitación impuesta por la ley a los derechos individuales sea razonable en vista del fin que forma su objeto".

Por último, el artículo 5º del Decreto acusado quebranta lo dispuesto en los artículos 121 y 33 de la Carta Fundamental, supuesto que la potestad que tiene el Gobierno para tomar medidas en uso de las facultades que en estado de sitio puede ejercitar, no se extiende a dictar disposiciones que vulneren la garantía dada al derecho de propiedad.

Sirven de apoyo a estos conceptos los expresados ya por esta corporación en el fallo a que se ha venido aludiendo, de 10 de agosto de 1954:

"La propiedad privada se halla reglamentada, en su contenido y limitaciones, en forma expresa por la Constitución, tanto para las épocas normales de paz como para épocas de turbación del orden público. Las reglas de la paz se hallan contenidas en el artículo 30, según el cual, como se ha visto, por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa, y aún sin indemnización ninguna, cuando el legislador, por razones de equidad, determine los casos en que no haya lugar a ella, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras Legislativas.

"El caso de expropiaciones en tiempo de gue-

rra, que cobija o comprende como es obvio todas las hipótesis de turbación del orden, quedó previsto en la disposición especial contenida en el artículo 33 de la Carta. Es decir, que como lo entendió la Corte en el fallo de 9 de julio de 1948, el Gobierno no sólo puede, ejercitando las facultades del artículo 121, disponer que la necesidad de expropiar la propiedad mueble sea decretada por autoridades que no pertenezcan al orden judicial y que no sea previa la indemnización; y respecto de la propiedad inmueble, ocuparla temporalmente. En otras palabras, el Gobierno debe ceñirse al citado artículo 33 de la Carta, que conserva original el texto correspondiente de la Constitución de 1886, sin modificación ninguna. Interpretar estas normas en otro sentido sería desconocer la eficacia de un artículo tan importante como el 33 que acaba de citarse, el cual regula una hipótesis totalmente distinta y aún contraria a la que contempla el artículo 30.

"Como el Decreto acusado no se ciñe al artículo 33 citado, y antes al contrario, sus disposiciones se encuentran en evidente pugna con él, puesto que someten la propiedad privada, durante el estado de sitio, a reglamentaciones y limitaciones diferentes a las prescritas por la norma constitucional, el decreto viola por lo mismo el propio artículo 121 que se invocó para dictarlo, porque desde el momento en que la Constitución ha previsto las restricciones al derecho de propiedad para el estado de sitio por causa de guerra exterior o de turbación del orden público interno, ese texto constitucional restrictivo no tendría sentido ni operancia si no se interpretara como una limitación a los poderes legislativos del Gobierno, o sea, que el Gobierno no tiene más facultades para limitar el contenido y ejercicio del derecho de propiedad que las previstas en el texto constitucional que contempla la hipótesis del estado de guerra". (G. J. Tomo LXXVII, número 2.140, pág. 329).

Para terminar, se advierte que la exequibilidad del parágrafo del artículo 3º del Decreto acusado, ha de entenderse subordinada al principio de que los terrenos de que éste trata no se pueden tomar para aplicarlos a la construcción de la vía férrea a que hace alusión, sin indemnizar previamente a sus dueños.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional y oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, DECIDE:

1º Es inexequible el artículo 5º del Decreto número 2770 de 23 de octubre de 1953;

2º Son exequibles los artículos 3º y 4º del mismo Decreto.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Luis Felipe Latorre U. — **José J. Gómez R.**— **Manuel Barrera Parra** — **Aníbal Cardoso Gaitán. Luis Enrique Cuervo Aráoz**—**Jesús Estrada Monsalve**—**Roberto Goenaga** — **Ignacio Gómez Posse. Agustín Gómez Prada**—**José Hernández Arbeláez. Ricardo Jordán Jiménez**—**Julio Pardo Dávila.**— **Camilo Rincón Lara**—**Domingo Sarasty Montenegro**—**Luis Zafra** — **Alberto Zuleta Angel**—**Ernesto Melendro Lugo,** Secretario.

NATURALEZA Y FUERZA DE LOS DECRETOS-LEYES DICTADOS EN EJERCICIO DE FACULTADES EXTRAORDINARIAS CONCEDIDAS POR EL CONGRESO. INALIENABILIDAD E INEMBARGABILIDAD DE LA VIVIENDA POPULAR. — INVERSION DE RESERVAS DE LAS EMPRESAS EN DOCUMENTOS DE DEUDA PUBLICA. — REVISION DE LA CONTABILIDAD PARA FINES TRIBUTARIOS

1.—Sobre la naturaleza y la fuerza de los decretos expedidos por el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias de conformidad con el num. 12 del artículo 76 de la Constitución, ha dicho la Corte que "estos decretos han de dictarse dentro del límite de las facultades concedidas, pero se acepta que tienen el carácter, la fuerza y la virtualidad de las leyes. Por ellos pueden reformarse, suspenderse y aun derogarse las leyes existentes que se opongan a los fines para los cuales se concedieron las facultades extraordinarias: no necesitan llevar las firmas de todos los Ministros, sino del Presidente y la del Ministro o los Ministros que representen el ramo correspondiente, y rigen hasta cuando el Congreso, o el Gobierno, en uso de nuevas facultades extraordinarias, las modifiquen, suspendan o deroguen. Consideran los tratadistas que en este caso, más que una delegación de funciones, el Congreso, mediante expresa autorización constitucional, amplía las funciones del órgano Ejecutivo, o le atribuye una competencia que sin las facultades ordinarias no tendría". (Sala Plena, abril 21 de 1941, LI, 25; marzo 13 de 1941, L. 694 y 695; febrero 24 de 1955, LXXIX, 418).

2.—El artículo 15 del Decreto-Ley 380 de 1942 establece que las viviendas que se adquieran conforme al Decreto-Ley 380 no son embargables mientras sean propiedad de sus beneficiarios, excepto para el cobro de la deuda que se haya originado en su compra, y no son enajenables sino con aprobación del Personero Municipal mientras se halle pendiente cualquier saldo de la deuda. La inalienabilidad de la vivienda, conforme al artículo 15 acusado, es relativa y transitoria: no es enajenable sino con aprobación del Personero Municipal y sólo mientras se halle pendiente cualquier saldo por razón de la compra. Contemplando este aspecto, la norma no quebrantaría el artículo 37 de la Constitución. Además no se opone esta norma a los artículos 37 y 50 de la Carta, pues si el primero establece en general que "no habrá en Colombia bienes raíces que no sean de libre enajenación", el segundo estatuye que las leyes "podrán establecer el patrimonio familiar inalienable e inembargable". Es cierto que la inembargabilidad de la vivienda así adquirida, sustrae a la prenda general de los acreedores del beneficiario dicho bien inmueble, pero tal limitación se justifica por motivos de interés social. Según el artículo 30 de la Carta, "cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública e interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social". Por lo demás, la norma acusada armoniza con distintas leyes que han consagrado la inembargabilidad de las viviendas populares para trabajadores. Así, el artículo 2º de la Ley 61 de 1936 dispuso que "la casa o vivienda adquirida por un obrero no es embargable y sólo podrá transferirse al cónyuge o a sus hijos". La Ley 91 de 1936, "por la cual se autoriza la constitución de patrimonios de familia no embargables, con criterio y fines de acción social", se refirió a las viviendas para empleados y obreros de que tratan las leyes 46 de 1918 y 61 de 1936. El artículo 12 de la Ley 166 de 1941, "adicional y reformatorio de las 44 de 1929 y 10 de 1934", estableció que los inmuebles adquiridos de acuerdo con dicha ley "no son embargables mientras sean propiedad de los beneficiarios". Y el artículo 6º del Decreto-Ley 207 de 1949 consagró el mismo principio respecto de las viviendas

vendidas por el Instituto de Crédito Territorial.

3.—Si las autoridades de la República están instituídas, entre otras cosas, "para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares" (artículo 16); si el trabajo es obligación social y goza de la especial protección del Estado (artículo 17); si la propiedad privada tiene una función social que implica obligaciones (artículo 30); si el Estado puede intervenir en la explotación de las empresas, entre otros fines, "para dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho" (artículo 32), y al efecto en el país se ha dictado una amplia legislación social en favor de empleados y obreros, y, por último, si al propio Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, corresponde ejercer conforme a las leyes, la inspección necesaria sobre determinadas empresas bancarias y mercantiles (artículo 120, ordinal 15), bien se comprende que la obligación impuesta a las empresas de invertir un porcentaje de su reserva legal en documentos de deuda pública emitidos por el Estado con el fin social de fomentar la construcción de vivienda popular para los mismos trabajadores, respaldando tal inversión las prestaciones que aquéllas deban a éstos conforme a la legislación laboral, constituye un gravamen que lejos de quebrantar las normas de la Carta, se acomoda cabalmente a los principios aludidos que son fundamento de nuestra organización jurídica. En consecuencia, obligar a una empresa a invertir parte de sus reservas legales en bonos de deuda pública amparados por la fe del Estado y para los fines sociales indicados, no es desconocer la garantía constitucional de la propiedad privada, ni menos confiscar el capital de las empresas.

4.—El artículo 34 del Decreto-Ley 554 de 1942, al facultar al Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales y a los empleados que éste designe para examinar los libros de contabilidad del contribuyente a efecto de verificar la exactitud de los datos suministrados en cuanto al avalúo del GOOD WILL para fines de liquidación de los tributos, no hace sino desarrollar el artículo 38 de la Constitución. Y si la ley mercantil para finalidades meramente privadas, autoriza a los tribunales para ordenar aún de oficio la exhibición y el reconocimiento general de los libros en los casos de sucesión universal, comunidad de bienes, liquidación de sociedades legales o convencionales y quiebras (C. de Co., artículo 56), no se ve razón alguna para no poderlo hacer los funcionarios administrativos con una finalidad pública relacionada con la justa liquidación de los impuestos que se deban pagar al Estado. Cabe advertir que la Sala Plena de la Corte en fallo del 6 de diciembre de 1946 había declarado la exequibilidad del artículo 52 del mismo Decreto-Ley 554 de 1942, por el cual se obliga a los contribuyentes, bajo penas de multa, a presentar sus libros de contabilidad ante los Administradores y Recaudadores de Hacienda Nacional o ante otros empleados del ramo, para la liquidación de los impuestos nacionales (G. J., números 2042-2044, Tomo LXI, págs. 618 y 619). Tampoco se opone a ninguna norma constitucional la autorización de inspeccionar las empresas por los mismos funcionarios para los fines aludidos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena—Bogotá, veintidós (22) de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955).

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra)

El doctor Mauricio Mackenzie, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 214 de la Carta, por libelo presentado en la Corte el 27 de marzo de 1942, pidió se declarara la inexequibilidad de los artículos 1º, 2º, 3º, 7º, 15, 18 (inciso 2º) y 25 del Decreto-Ley número 380 de 1942 "sobre fomento de las industrias de edificación y mejoramiento de la vivienda popular", y de los artículos 6º, 11, última parte del inciso primero, 14, 16, 18 (incisos 1º, 2º y 3º), y 34 del Decreto-Ley número 554 de 1942 "por el cual se dictan disposiciones sobre impuestos".

Corrido el traslado legal al señor Procurador General de la Nación, este funcionario emitió concepto sobre la demanda el 2 de junio de 1942.

Consta del expediente que el 29 de octubre de 1942 se registró proyecto de sentencia (f. 55 v.). Según informe secretarial, la Corte en sesión del 11 de febrero de 1943 aprobó una proposición por la cual se resolvió suspender el estudio del proyecto de fallo sobre los Decretos-Leyes números 380 y 554 de 1942, mientras se consideraba el proyecto de sentencia en el juicio de inexequibilidad

de la Ley 128 de 1941, "que dio lugar a la expedición de aquellos decretos" (f. 58). El 7 de mayo de 1945 el negocio fue repartido a un nuevo magistrado entrando a su despacho desde el 12 del mismo mes. Fue registrado nuevo proyecto el 30 de mayo de 1951, el cual fue discutido en sesión del 12 de septiembre del mismo año, aprobándose por la Corte una proposición que ordena pasarlo a una comisión integrada por tres magistrados para que rinda informe (f. 59). Designada la comisión a que se refiere la anterior constancia, el negocio se adjudicó al magistrado que seguía en turno, "el cual es al mismo tiempo miembro de la comisión designada por la Presidencia", quedando al despacho del nuevo ponente desde el 30 de noviembre de 1951 (f. 59 v.).

Con motivo del nombramiento de nuevos Magistrados en la Corte, el 2 de febrero de 1954 fue repartido el negocio al suscrito Magistrado ponente, sin que del expediente aparezca se hubiera registrado proyecto de fallo por su inmediato antecesor.

Habiendo corrido tan largo término desde la expedición de las normas acusadas, hasta la fecha, la Corte hubo de dedicar especial atención a la tarea de cotejar dichas normas con la abundante y profusa legislación, ordinaria y extraordinaria, dictada posteriormente sobre vivienda popular e impuestos nacionales, materias a las cuales se refieren las disposiciones de los Decretos-Leyes números 380 y 554 de 1942, cuya vigencia actual es presupuesto indispensable para el pronunciamiento de fondo de la Corte respecto de la inexequibilidad demandada.

I. — Disposiciones acusadas

El texto de las disposiciones acusadas es el siguiente:

Decreto-Ley número 380 de 1942 (febrero 12)

"Artículo 1º — Facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para otorgar préstamos a los Municipios del país con destino a la construcción de barrios populares modelos, en las condiciones que establece el presente Decreto.

"Artículo 2º—El monto de los préstamos que se concedan en conjunto a cada Municipio no podrá exceder de la cantidad de cien mil pesos por cada diez mil habitantes urbanos del Municipio, de conformidad con los datos que arrojó el censo civil de 1938.

"Artículo 3º—Los préstamos a que el presente Decreto se refiere, devengarán un interés del 3 por 100 anual, y tendrán los plazos y garantías que se acuerden en cada caso entre el Municipio prestatario y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

"Artículo 7º—Autorízase al Gobierno Nacional para celebrar las operaciones de crédito público que sean necesarias para dar adecuado desarrollo al plan de construcciones aquí previsto. Las operaciones que se ejecuten en desarrollo de esta autorización, sólo necesitan para su validez de la aprobación del Presidente de la República, previo concepto favorable del Consejo de Ministros y de la Junta Nacional de Empréstitos.

"Artículo 15.—Los inmuebles que se adquieran de conformidad con lo dispuesto en este Decreto, no son embargables mientras sean propiedad de los beneficiarios, excepto para el cobro de la obligación que se originó en la compra de la vivienda. En la escritura pública, mediante la cual se adquiera la propiedad, se hará referencia a esta disposición.

"El traspaso, la venta o enajenación a cualquier títulos, de las viviendas compradas por los trabajadores bajo las condiciones del presente Decreto requerirán, mientras esté pendiente cualquier saldo de la deuda, la aprobación previa del Personero Municipal, quien estudiará la proyectada enajenación o traspaso, teniendo en cuenta los intereses económicos del trabajador y los de su familia.

"Artículo 18 (inciso 2º) — Todas las empresas que ocupen habitualmente más de veinte trabajadores urbanos, y cuyo capital sea de cincuenta mil pesos o más, deberán invertir no menos de un cinco por ciento de su reserva legal en bonos de deuda interna unificada del 4%, con destino a respaldar las prestaciones sociales para con sus trabajadores. En este porcentaje podrán computarse los bonos que las empresas faciliten a sus trabajadores, al tenor de lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto, o que les den en préstamo, o les vendan a plazo para facilitarles la adquisición de viviendas.

"Artículo 25.—El Estado permite sin necesidad de autorización especial que el campesino pobre ocupante de un terreno baldío cuya extensión no pase de 50 hectáreas, ni se halle situado en zona reservada, hipoteque al Instituto de Crédito Territorial, además de la vivienda, el todo o parte de dicho terreno, siempre que éste haya sido explotado económicamente por el campesino durante cinco años, por lo menos, y que el grava-

men se constituya para respaldar el crédito otorgado, con el fin de construir la vivienda campesina.

"En tal caso, si el Instituto se viere precisado a hacer efectiva judicialmente la obligación, podrá ejercer la acción hipotecaria directamente contra el poseedor de la vivienda, incluyendo el terreno comprendido en el gravamen, sin necesidad de demandar a la Nación, y sin que ésta pueda oponerse".

Decreto-Ley número 554 de 1942 (febrero 28)

"Artículo 6º—En el incidente de excepciones que dentro del juicio ejecutivo pueden intentar los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, no podrá la justicia ordinaria variar las bases de las cuales se dedujo la obligación por diferencias de apreciación y aplicación de las leyes impositivas pertinentes.

"Artículo 11.—Durante el mismo lapso (es decir dentro de los 60 días fijados para el pago) pueden los contribuyentes inconformes con la liquidación efectuada por los Administradores y Recaudadores de Hacienda Nacional, elevar sus reclamaciones ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales. La reclamación es admisible y será debidamente sustanciada si reúne los dos requisitos de oportunidad y pago previo del gravamen; en caso contrario, esto es, si no se han cumplido uno u otro requisito, la reclamación será desechada por la Jefatura sin que quede contra la liquidación recurso alguno. Igual procedimiento se adoptará en los casos en que los reclamantes no envíen los datos que les solicite la Jefatura, dentro del plazo que ella misma indique (la acusación se limita al último párrafo subrayado de la disposición).

"En estos términos quedan reformados los artículos 14 de la Ley 81 de 1931 y 3º de la Ley 48 de 1937.

"Artículo 14.—Notificado el Procurador General de la Nación o el Fiscal del Consejo de Estado, en su caso, de demandas de inconstitucionalidad de leyes o decretos en el ramo de impuestos nacionales, o de demandas de ilegalidad de decretos y resoluciones en el mismo sentido, es obligación suya pasarlas a conocimiento del Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales por el término de ocho días, a fin de que este funcionario exprese su concepto escrito, ampliándose por el mismo número de días el término del traslado.

"Habida consideración de la importancia del negocio, el Procurador General de la Nación o el Fiscal del Consejo de Estado, apreciará la conveniencia de que el Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales o un comisionado suyo concurra a las audiencias públicas como asesor. Los reglamentos de las respectivas corporaciones contemplarán esta posible intervención.

"Artículo 16.—Facúltase a la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales para fijar por resolución aprobada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el procedimiento que deba seguirse en la tramitación de los negocios que sobre impuestos nacionales cursen en esa dependencia.

"Artículo 18 (incisos 1º, 2º y 3º)—Para efectos de liquidar el impuesto sobre la renta cuandoquiera que sobre ella existan dividendos de sociedades anónimas o en comandita por acciones, se procederá en la siguiente forma:

"Del total de la renta bruta establecida incluídas las rentas de dividendos, se deducirán los gastos y expensas necesarias para la producción de la utilidad y las exenciones personales y a la diferencia resultante se aplicará la tarifa de la Ley 78 de 1935 (artículo 4º, numeral 7º).

"Separadamente se establecerá de acuerdo con las mismas tarifas, el impuesto correspondiente a las rentas de dividendos y del primer resultado se restará el segundo. La diferencia será el impuesto debido por el contribuyente".

"Artículo 34.—El Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales, en vista de lo alegado y probado en el memorial, puede exigir comprobaciones adicionales, inclusive la inspección ocular de las empresas y de los libros de contabilidad del contribuyente, la cual se llevará a efecto por los empleados que designe".

III.—Sustracción parcial de materia

Varias de las disposiciones acusadas no rigen en la actualidad, ya por derogación expresa o tácita contenida en leyes o decretos-leyes posteriores, ya por declaración de inexequibilidad pronunciada por la misma Corte.

Respecto de tales disposiciones insubsistentes, hay sustracción de materia en la demanda que la Corte tiene a su examen.

Los artículos 1º, 2º, 3º y 7º del Decreto-Ley 380 de 1942 quedaron sin vigencia por la expedición del Decreto-Ley 1579 de 1942. Aquel Decreto-Ley tuvo por finalidad especial dar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la facultad de otorgar préstamos a los Municipios dentro de las condiciones allí establecidas con el objeto de fo-

mentar la vivienda popular en las ciudades. Pero a poco el Decreto-Ley 1579 de 1942 asignó tal facultad al Instituto de Crédito Territorial, creando con ese objeto la "Sección de Vivienda Urbana", dotada de capital propio, y atribuyéndole, expresamente según el artículo 7º, la facultad de hacer préstamos a los municipios de acuerdo con las reglas del Decreto-Ley 380. Se asignaron también al Instituto de Crédito Territorial las funciones de hacer préstamos a los trabajadores, invertir directamente el producto de los préstamos que haga en la construcción de casas por cuenta de los deudores, construir barrios populares modelos y cooperar técnicamente con los Municipios en la construcción de nuevos barrios. En consecuencia, las disposiciones del Decreto-Ley que autorizaban al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para otorgar los referidos préstamos fueron sustituídas por las del Decreto-Ley 1579 que trasladó las autorizaciones al Instituto de Crédito Territorial dentro de los fines propios de esta institución oficial.

El artículo 6º del Decreto-Ley número 554 de 1942 quedó tácitamente derogado por la Ley 167 de 1941 (Código Contencioso-Administrativo) que reguló íntegramente la materia relacionada con el incidente de excepciones en juicios ejecutivos por impuesto sobre la renta y complementarios. Así lo declaró la Sala Plena de la Corte en sentencia del 6 de diciembre de 1946, publicada en los números 2042-2044 del Tomo LXI de la GACETA JUDICIAL, páginas 619 a 621.

El artículo 11 del Decreto-Ley 554 de 1942, en la parte final del inciso 1º acusado, no rige en la actualidad. Conforme al Código Contencioso-Administrativo y según normas posteriores incorporadas a la sazón en el estatuto tributario, el contribuyente que reclama contra la liquidación de los impuestos, no pierde los recursos legales por el hecho de no enviar los datos que le pida la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales. Para la admisibilidad del recurso sólo se exige al contribuyente la interposición dentro del término legal y el pago oportuno y previo de los impuestos correspondientes. (Decreto número 2745 de 1945, artículo 5º; Decreto Legislativo número 270 de 1953, artículos 26 y 27; Decreto Legislativo número 2317 de 1953, artículo 6º; Decreto Legislativo número 0596 de 1954, artículo 3º; Decreto Legislativo 2991 artículo 5º).

El artículo 14 del Decreto-Ley 554 fue declarado inexequible por la Sala Plena de la Corte en la referida sentencia del 6 de diciembre de 1946.

El artículo 18 del Decreto-Ley 554 fue derogado expresamente por el artículo 17 de la Ley 45 de 1942.

De acuerdo con lo anterior, el objeto de la acusación contenida en la demanda de inexequibilidad queda reducido a las siguientes disposiciones actualmente vigentes:

Artículos 15, 18 (inciso 2º) y 25 del Decreto-Ley número 380 de 1942, y artículos 16 y 34 del Decreto-Ley número 554 de 1942.

III. — La demanda

Las siguientes son, en síntesis, las acusaciones presentadas por el demandante contra las disposiciones actualmente vigentes de los Decretos 380 y 554 de 1942, objeto de la demanda de inexequibilidad:

Una de carácter general que estriba en la consideración de que el Presidente de la República se extralimitó en el ejercicio de las facultades extraordinarias **pro tempore** de que fue investido por el Congreso en el artículo 16 de la Ley 128 de 1941. Las normas acusadas de los Decretos-Leyes 380 y 554 de 1942 son violatorias del numeral 12 del artículo 76 de la Constitución, por cuanto ellas no guardan relación directa o inmediata con las materias que quedaron comprendidas en la ley de facultades. En esta forma el Presidente de la República asumió funciones propias del Congreso.

Otras de carácter particular, en relación con cada una de las disposiciones, a saber:

a) El inciso 1º del artículo 15 del Decreto-Ley 380 viola los artículos 37 y 50 de la Constitución, en cuanto establece un sistema **sui generis**, caprichoso y antidemocrático respecto a la inembargabilidad y embargabilidad de los inmuebles adquiridos por los particulares, según el citado Decreto.

b) El inciso 2º del artículo 18 del Decreto-Ley 380 quebranta los artículos 30 y 34 de la Carta, en cuanto se obliga a las empresas a invertir determinado porcentaje de sus recursos legales en bonos de deuda interna unificada, papeles cuya cotización comercial será siempre inferior a su valor nominal. Se trata de una confiscación disimulada y de un menoscabo del derecho de propiedad privada;

c) El artículo 25 del Decreto-Ley 380 es violatorio del ordinal 24 del artículo 76 del Estatuto Fundamental, ya que es privativo del Congreso limitar o regular por medio de leyes la apropiación y adjudicación de tierras baldías.

"Cuando el artículo 25 impone que el terreno baldío, ocupado de hecho cinco años por un campesino, estuviere hipotecado al Instituto de Crédito Territorial, la misma Nación no podrá oponerse al remate, está sosteniendo que aquel baldío pertenece al campesino. Pero como para que los baldíos pierdan ese carácter y sean susceptibles jurídicamente hablando de transferencias de dominio, de ocupación legal y pacífica y de subastas, deben ser previamente adjudicados, mediante una larga tramitación, planos, cartillas, avisos, edictos, mensuras, etc., el artículo 25 está dando por hecho todo eso, legaliza la ocupación de hecho y se yergue en legislador";

d) El artículo 34 del Decreto-Ley 554 se acusa "en cuanto a la generalidad y universalidad de la inspección ocular de las empresas y de sus libros de contabilidad". En cuanto a la inspección ocular de las empresas es una novedad que no existía en ley anterior y que no está autorizada por la Carta. Y en cuanto a la inspección ocular de los libros de contabilidad, ella no puede ordenarse en forma general por la natural reserva que merecen las operaciones del comerciante y sus secretos industriales. Por eso el Código de Comercio no faculta a los Tribunales para ordenar la exhibición y reconocimiento general de los libros sino sólo en casos excepcionales, y la exhibición parcial únicamente puede decretarse mediante el cumplimiento de ciertas formalidades. "Por más recaudador que sea un individuo, no es posible que se le entregue toda la contabilidad... Los recaudadores deben señalar qué partidas desean controlar, cuál aspecto específico de la contabilidad necesitan examinar; pero de ninguna manera que estén facultados para entrar a saco en los libros de un comerciante, conforme lo da a entender el artículo 34".

Respecto de la acusación formulada contra el artículo 16 del Decreto-Ley 554 de 1942, el demandante no cita las normas constitucionales que considera infringidas, ni la razón o motivo de su inconstitucionalidad. Más aún: auncuando se incluye dicho artículo en la lista de disposiciones acusadas, en el escrito de demanda no se transcribe siquiera su texto, ni se expone ningún ataque contra el artículo 16.

IV. — Concepto del Procurador General de la Nación.

Observa el Procurador que "el decreto-ley número 380 de 1942 debe ser examinado en su conjunto en relación con el decreto-ley número 381 que simultáneamente fue expedido por el Gobierno el mismo doce de febrero del año en curso, a fin de poder apreciar mejor la clara derivación que ambos decretos tienen de su fuente legal que es el artículo 16 de la Ley 128 de 1941, el cual revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias 'para adoptar todas las medidas económicas y fiscales que sean precisamente necesarias para conjurar un eventual desequilibrio fiscal, allegar los recursos que fueren indispensables para el normal funcionamiento de los servicios y empresas públicas, atender los gastos militares y de orden público y proveer al desarrollo de la producción nacional'.

"En uso de esta autorización legislativa y para **los fines precisos de proveer al desarrollo de la producción nacional, para allegar los recursos que fueren indispensables para el normal funcionamiento de los servicios y empresas públicos,** todo ello encaminado a preservar al país de los trastornos y conmociones económicas y sociales que plantea la actual crisis mundial; en uso de tales autorizaciones el Presidente de la República dictó el decreto-ley 381 por el cual se autoriza la emisión de siete millones de pesos en bonos de deuda interna nacional unificada de la clase B, por las razones y para los objetos de interés nacional que claramente se exponen en los considerandos de dicho decreto".

Según el Procurador dicho estatuto legal "es un serio instrumento que se anticipa a limitar o disminuir los estragos rectamente previsibles de una situación de paralización de industrias con el consiguiente colapso económico y social por la desocupación o desempleo de millares de hombres Los considerandos del decreto 380 son clara explicación de sus móviles y de la honesta intención de su contenido. Dicen esos considerandos:

'1º Que el inciso 2º del artículo 16 de la citada Ley 128 de 1941 facultó al Presidente de la República para adoptar todas las medidas económicas y fiscales necesarias para proveer al desarrollo de la producción nacional.

'2º Que la dificultad para importar en las cantidades necesarias ciertos artículos extranjeros indispensables para las grandes construcciones, al entrabar el desarrollo de éstas, afecta la producción nacional de las industrias de la construcción, y crea al mismo tiempo un problema de desocupación obrera en las grandes ciudades.

'3º Que el medio más eficaz para evitar los fenómenos de crisis económica a que se refiere el anterior considerando, es el de intensificar la construcción de habitaciones, que sólo requieren

el empleo de una cantidad mínima de material extranjero; y

'4º Que las actuales condiciones de la vivienda popular en Colombia son por todos aspectos deplorables, y exigen una labor de transformación mucho más intensa de la que hasta ahora se ha podido cumplir'.

"Es pueril no ver en el decreto 380 otra finalidad que la de proponerse el Gobierno, con sentido oportunista, halagar a las clases populares con la construcción de viviendas de fácil adquisición para aquéllas. Ese decreto-ley está estructurado para producir los siguientes efectos de honda realidad económica y social:

"a) Darle movilidad y circulación a una parte de la emisión de bonos autorizada por el otro decreto-ley 381 cuyo objetivo es proveer, por conductos adecuados, al desarrollo de la producción nacional. Es obvio que tres millones de pesos aportados metódicamente al torrente de circulación monetaria del país, incrementan la capacidad productora y consumidora del mismo.

"b) Suplir la disminución o depresión de una actividad económica como la de las construcciones, con otra similar aunque más circunscrita y restringida, con lo cual se atenúan los trastornos de un desequilibrio repentino: paralización inmediata de la actividad industrial que se manifiesta por la producción, transporte y compraventa de los materiales de construcción; cesantía o desocupación de densos grupos humanos que derivan la subsistencia de la incorporación de su trabajo en la extensa industria de las construcciones.

"c) Aplicación de los factores de previsión antes expuestos hacia fines de permanente utilidad social y económica, como 'el fomento de las industrias de edificación y mejoramiento de la vivienda popular'; es decir, la adopción de un sistema que con evidente beneficio para la economía general, permite a las clases sociales económicamente débiles adquirir vivienda higiénica y barata, no a título gratuito o de dádiva, sino con facilidades de pago, para el más tranquilizador desarrollo de las energías de trabajo de esas clases y del conglomerado social en general. Porque es axiomático que un pueblo no puede mantener el ritmo normal y progresivo de su economía y de su desarrollo social mientras el factor trabajo esté afectado de miseria física y moral. Procurar la elevación material y cultural de las clases trabajadoras es contribuir de manera directa y eficaz al robustecimiento de la economía y de la vitalidad de los pueblos".

En concepto del Procurador, destacados los atributos esenciales que en su sentir entraña el Decreto-Ley 380 de 1942 en cuanto a sus finalidades de interés económico y social para el país, aparece "su ajustamiento a los objetivos de las autorizaciones otorgadas al Presidente de la República en el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 128 de 1941".

En oposición con algunos puntos de vista sustentados en la demanda, dice el Procurador:

"Pero el régimen de las facultades extraordinarias que arranca de la atribución 9ª del artículo 69 de la constitución, tiene naturaleza y efectos distintos de los que supone el demandante. Cuando el Congreso ejercita la mencionada atribución 9ª, el Presidente de la República queda revestido de la facultad de legislar, dentro de las materias que específicamente señale el legislador ordinario, y dentro de las limitaciones que el mismo imponga. Y los decretos que dicta el Presidente de la República en virtud de esa investidura extraordinaria, son leyes, con la misma jerarquía institucional y con la misma fuerza obligatoria que las que dicta el Congreso en el ejercicio normal y ordinario de su mandato constitucional.

"Es verdad que el régimen de las facultad extraordinarias que autoriza la atribución 9ª del artículo 69 de la constitución implica una reunión de poderes en el Presidente de la República; pero esto se explica y se justifica por las circunstancias excepcionales en que deben otorgarse tales facultades: 'cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen'; es decir, para las grandes y graves crisis económicas y fiscales, o grandes y graves calamidades sociales; fenómenos todos ellos ante los cuales sea impotente la acción previsora y reguladora del Organo Legislativo".

En relación con la acusación de inconstitucionalidad del artículo 15 del Decreto-Ley 380, el Procurador sostiene que las leyes 61 y 11 de 1936 y 166 de 1941 establecieron como patrimonio inembargable el de las viviendas para trabajadores como a las que provee el decreto. La inembargabilidad consagrada en estas normas tiene como fuente principal y positiva el artículo 10 del A. número 1º de 1936 (30 de la codificación actual), en la parte que expresa que "cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social".

"El decreto, que es armónico desarrollo de las leyes 61 y 91 de 1936 y 166 de 1941, se amolda perfectamente al artículo 45 de la Constitución (50 de la codificación actual), en cuanto éste dispone que las leyes podrán establecer el patrimonio de familia inalienable e inembargable".

En cuanto a la acusación del artículo 18 del Decreto-Ley 380 de 1942, el Procurador afirma:

"Esta disposición no hace más que encauzar adecuadamente el régimen de utilización del seguro obligatorio y del auxilio de cesantía, para hacerlos concurrir inmediatamente y con efectos prácticos en beneficio de la economía general, en beneficio de los patronos y para satisfacer una necesidad vital de las clases trabajadoras que aportan su esfuerzo en la producción de la riqueza.

"En lo concerniente al punto concreto de la formación de una reserva especial para la cumplida satisfacción de las prestaciones sociales, es indudable que esa reserva está impuesta de hecho desde que para los empresarios son de ineludible cumplimiento tales prestaciones y es lo cierto que no hay empresa de alguna entidad económica y de serio concepto de responsabilidad que no tenga establecida una reserva suficiente para el pago de las prestaciones sociales. La falta de esta obvia medida de previsión y de seguridad en el éxito de los negocios lícitos, sólo podría concebirse en industriales y comerciantes inescrupulosos, capaces de traficar también con la integridad y mediana tranquilidad de sus trabajadores, lo que acusaría un sistema económico-social abominable.

"Como se ve, el artículo 18 acusado no hace más que consagrar una sana práctica que regula y estabiliza un procedimiento de seguridad en el cumplimiento legal de las prestaciones sociales. Por lo mismo, resulta exorbitante que se afirme en la demanda que el artículo en referencia entraña una confiscación. La confiscación es la apropiación por parte del Estado de bienes particulares, y no se ve ni remotamente que el artículo 18 imponga esa pena, abolida en nuestra legislación desde los comienzos de nuestra vida independiente. Tampoco es pertinente la cita de la primera parte del artículo 26 de la constitución, porque si en algo pudiera considerarse afectada la libertad de disposición de los empresarios, esta limitación tendría pleno respaldo en la segunda parte del mismo artículo 26 (30 actual), que antepone el interés público o social al interés privado".

Sobre la acusación del artículo 25 del Decreto-Ley 380 de 1942, sostiene el Procurador:

"El artículo 25 se refiere a un plan anterior que está en ejercicio y que desarrolla una labor por el mejoramiento de la vivienda campesina; plan que si directamente beneficia al trabajador pobre del campo y a su familia, constituye a la vez un medio eficaz para racionalizar y robustecer la explotación agrícola, que es nuestra industria básica por cuanto comprende a las dos terceras partes de la población colombiana. Procurar el fortalecimiento del elemento humano en el campo, y su arraigo en el mismo, con el suministro de mediana comodidad e higiene, es cooperar de manera eficaz en la intensificación de la economía general y en la vitalización de nuestra estructura social. Por consiguiente, el artículo 25 converge hacia una función de claro contenido económico y social y de permanente interés nacional.

"Y en cuanto al fin inmediato de robustecer la capacidad de crédito del campesino pobre, el artículo 25 es un simple y conveniente desarrollo del artículo 9º de la ley 34 de 1936 en armonía con la ley 200 del mismo año 'sobre régimen de tierras'. Efectivamente, conforme a esta legislación se presume que el campesino que ha explotado económicamente cincuenta hectáreas de tierras baldías, es dueño de ellas, y nada es más racional que permitir a ese campesino que consolide esa situación que se ha creado con su propio esfuerzo y que la utilice por medio del crédito para el mejor afianzamiento de su actividad y de su bienandanza económica y social.

"Es, pues, indudable que el artículo 25 del decreto-ley 380 concurre con eficacia práctica al **desarrollo de la producción nacional**; que por lo mismo se ajusta a la autorización contenida en la parte final del inciso segundo del artículo 16 de la Ley 128 de 1941, y que teniendo como tiene el citado artículo 25 carácter y fuerza de ley, no sólo no contraviene al numeral 21 del artículo 69 de la constitución, sino que se amolda a él perfectamente, por sí solo, y además como congruente desarrollo que ese artículo 25 es de leyes expedidas por el Congreso, como las ya mencionadas 34 y 200 de 1936".

En cuanto a la inexequibilidad del artículo 34 del Decreto-Ley 554 de 1942 el Procurador sostiene que esta disposición como otras del mismo estatuto, tiene "un predominante y claro carácter administrativo" y por ello cabe dentro de las medidas fiscales que autoriza el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 128 de 1941. Observa que el demandante no señala la disposición cons-

titucional que en su sentir haya sido infringida, ni por consiguiente el concepto en que consista tal infracción. Pero en todo caso el artículo acusado se acomoda a la Constitución cuando establece que "para la tasación de impuestos se podrá exigir la presentación de los libros de contabilidad y demás papeles anexos" (inc. 2º del artículo 38 de la codificación actual).

V. — Consideraciones de la Corte

Los Decretos-Leyes 380 y 554 de 1942 fueron expedidos en desarrollo de la Ley 128 de 1941.

Por el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 128 de 1941, el Congreso Nacional revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias hasta el 20 de julio de 1942, "para adoptar todas las medidas económicas y fiscales que sean precisamente necesarias para conjurar un eventual desequilibrio fiscal, allegar los recursos que fueren indispensables para el normal funcionamiento de los servicios y empresas públicas, atender los gastos militares y de orden público y proveer al desarrollo de la producción nacional".

El Congreso al dictar dicha ley ejerció la atribución de la Carta que lo autoriza para "revestir, pro tempore, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen" (num. 12 del artículo 76 de la codificación actual).

No fue sometido al examen de la Corte lo relacionado con la constitucionalidad de dicho mandato legal, por el aspecto de la **precisión** de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República. La ley señaló en forma bastante amplia las materias sobre las cuales podía ejercer tales facultades.

En consecuencia, para los efectos de la presente acusación la Corte habrá de examinar sólo si las disposiciones acusadas caben racionalmente dentro del ámbito de las autorizaciones otorgadas teniendo en cuenta los fines de las medidas consagradas en los Decretos-Leyes 380 y 554 de 1942.

En cuanto a las normas del Decreto-Ley 380, contentivas de medidas económicas enderezadas a fomentar la industria de la construcción mediante la edificación de viviendas populares, ellas no parecen extralimitar las facultades extraordinarias concedidas.

Pero si alguna duda pudo existir, a la fecha de la demanda, sobre la conformidad del Decreto-Ley 380 de 1942, con la ley de facultades extraordinarias, hoy es indudable que dicho estatuto se halla incorporado dentro de la legislación nacional, por fuerza de leyes posteriores dictadas directamente por el Congreso, las cuales reconocen su existencia como ordenamiento jurídico que se acomoda a la voluntad y al pensamiento del legislador. Así se desprende nítidamente de las leyes 53 de 1942, 65 de 1942, 29 de 1945, 85 de 1946 y 92 de 1946. Entre otras pueden citarse las siguientes disposiciones:

a) El artículo 1º de la Ley 53 de 1942 facultó al Instituto de Crédito Territorial para dar préstamos a las Cooperativas de Habitaciones que tengan como objeto la urbanización y construcción de viviendas para empleados, profesionales y pequeños comerciantes, "en las mismas condiciones y con los mismos requisitos del Decreto Extraordinario (sic) número 380 de 1942";

b) El parágrafo 2º del artículo 11 de la Ley 65 de 1942 estableció que para garantizar el pago de prestaciones sociales, las empresas industriales con veinte o más trabajadores habituales y capital de $ 50.000 o más, "deberán invertir además de los bonos de que trata el artículo 18 del Decreto 380 de 1942", no menos de un diez por ciento de su reserva legal en bonos "Denal";

c) El artículo 2º de la Ley 29 de 1945 facultó al gobierno nacional para abrir en los presupuestos los créditos correspondientes destinados a las obligaciones contraídas de conformidad con el artículo 7º del Decreto-Ley 380 de 1942, con el fin de aumentar el aporte de la Nación en el Instituto de Crédito Territorial y para el efecto del impulso que se imprima al programa de edificaciones urbanas en desarrollo de dicho decreto;

d) El artículo 14 de la Ley 85 de 1946 estableció que el Instituto de Crédito Territorial "con respecto a la vivienda urbana podrá llevar a cabo las operaciones previstas en los Decretos Legislativos (sic) 380 y 1579 de 1942 y demás disposiciones legales vigentes", con las modificaciones indicadas en dicha ley;

e) El artículo 1º de la Ley 92 de 1946 dispuso que la Nación asumiera la carga del descuento que tienen en el mercado los bonos "Dinu" recibidos por el Instituto de Crédito Territorial, "de conformidad con los artículos 14 y 16 y demás pertinentes del Decreto-Ley 380 de 1942".

En cuanto a la norma del artículo 34 del Decreto-Ley 554 de 1942 sobre inspección de las empresas y exhibición de su contabilidad para los efectos de tasación y liquidación de los im-

puestos, no aparece su desarmonía con la ley de facultades extraordinarias en lo relacionado con medidas de carácter fiscal.

Sobre la naturaleza y la fuerza de los decretos expedidos por el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias de conformidad con el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución, ha dicho la Corte lo siguiente:

"Estos decretos han de dictarse dentro del límite de las facultades concedidas, pero se acepta que tienen el carácter, la fuerza y la virtualidad de las leyes. Por ellos pueden reformarse, suspenderse y aun derogarse las leyes existentes que se opongan a los fines para los cuales se concedieron las facultades extraordinarias: no necesitan llevar las firmas de todos los Ministros, sino la del Presidente y la del Ministro o los Ministros que representen el ramo correspondiente, y rigen hasta cuando el Congreso, o el Gobierno, en uso de nuevas facultades extraordinarias, las modifiquen, suspendan o deroguen. Consideran los tratadistas que en este caso, más que una delegación de funciones, el Congreso, mediante expresa autorización constitucional, amplía las funciones del órgano Ejecutivo, o le atribuye una competencia que sin las facultades ordinarias no tendría". (Sala Plena: abril 21 de 1941, LI, 25; marzo 13 de 1941, L. 694 y 695; febrero 24 de 1955, LXXIX, 418).

Examina la Corte la constitucionalidad de las disposiciones acusadas como violatorias de determinados preceptos de la Carta:

Artículo 15 del Decreto-Ley 380 de 1942

Esta disposición establece que las viviendas que se adquieran conforme al Decreto-Ley 380 no son embargables mientras sean propiedad de sus beneficiarios, excepto para el cobro de la deuda que se haya originado en su compra, y no son enajenables sino con aprobación del Personero Municipal mientras se halle pendiente cualquier saldo de la deuda.

La inalienabilidad de la vivienda, conforme al artículo 15 acusado, es relativa y transitoria: no es enajenable sino con aprobación del Personero Municipal y sólo mientras se halle pendiente cualquier saldo por razón de la compra. Contemplado este aspecto, la norma no quebrantaría el artículo 37 de la Constitución.

Además no se opone esta norma a los artículos 37 y 50 de la Carta, pues si el primero establece en general que "no habrá en Colombia bienes raíces que no sean de libre enajenación", el segundo estatuye que las leyes "podrán establecer el patrimonio familiar inalienable e inembargable".

Es cierto que la inembargabilidad de la vivienda así adquirida, sustrae a la prenda general de los acreedores del beneficiario dicho bien inmueble, pero tal limitación se justifica por motivos de interés social. Según el artículo 30 de la Carta, "cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública e interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social".

Por lo demás, la norma acusada armoniza con distintas leyes que han consagrado la inembargabilidad de las viviendas populares para trabajadores. Así, el artículo 2º de la Ley 61 de 1936 dispuso que "la casa o vivienda adquirida por un obrero no es embargable y sólo podrá transferirse al cónyuge o a sus hijos". La Ley 91 de 1936, "por la cual se autoriza la constitución de patrimonios de familia no embargables, con criterio y fines de acción social", se refirió a las viviendas para empleados y obreros de que tratan las leyes 46 de 1918 y 61 de 1936. El artículo 12 de la Ley 166 de 1941, "adicional y reformatorio de las 44 de 1929 y 10 de 1934", estableció que los inmuebles adquiridos de acuerdo con dicha ley "no son embargables mientras sean propiedad de los beneficiarios". Y el artículo 6º del Decreto Ley 207 de 1949 consagró el mismo principio respecto de las viviendas vendidas por el Instituto de Crédito Territorial.

Artículo 18 (inciso 2º) del Decreto-Ley 380 de 1942.

Según esta disposición las empresas de cierta importancia a que ella se refiere, deben invertir un 5% de su reserva legal en bonos "Dinu" con destino a respaldar las prestaciones sociales de sus trabajadores.

La imposición de tal gravamen a las empresas no es atentatoria de la garantía de la propiedad, ni velada confiscación parcial del capital privado de ellas, como lo afirma el demandante.

Si las autoridades de la República están instituídas, entre otras cosas, "para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares" (artículo 16); si el trabajo es obligación social y goza de la especial protección del Estado (artículo 17); si la propiedad privada tiene una función social que implica obligaciones

(artículo 30); si el Estado puede intervenir en la explotación de las empresas, entre otros fines, "para dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho" (artículo 32), y al efecto en el país se ha dictado una amplia legislación social en favor de empleados y obreros, y, por último, si al propio Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, corresponde ejercer conforme a las leyes, la inspección necesaria sobre determinadas empresas bancarias y mercantiles (artículo 120, ordinal 15), bien se comprende que la obligación impuesta a las empresas de invertir un porcentaje de su reserva legal en documentos de deuda pública emitidos por el Estado con el fin social de fomentar la contrucción de vivienda popular para los mismos trabajadores, respaldando tal inversión las prestaciones que aquéllas deban a éstos conforme a la legislación laboral, constituye un gravamen que lejos de quebrantar las normas de la Carta, se acomoda cabalmente a los principios aludidos que son fundamento de nuestra organización jurídica.

En consecuencia, obligar a una empresa a invertir parte de sus reservas legales en bonos de deuda pública amparados por la fe del Estado y para los fines sociales indicados, no es desconocer la garantía constitucional de la propiedad privada, ni menos confiscar el capital de las empresas.

Artículo 25 del Decreto-Ley 380 de 1942

Aclarado ya que por medio de los decretos expedidos por el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias **pro tempore**, el Ejecutivo asume funciones legislativas propias del Congreso sobre las materias especialmente señaladas en la ley de autorizaciones, no aparece valedera la tacha de inconstitucionalidad consistente en la alegación de que sólo por medio de leyes expedidas por el Congreso puede limitarse o regularse la apropiación y adjudicación de tierras baldías.

No viola el artículo 25 del Decreto-Ley 380 la norma del ordinal 24 del artículo 76 de la Constitución.

Artículo 34 del Decreto-Ley 554 de 1942

Según el artículo 38 de la Constitución, no obstante el principio de la inviolabilidad de la correspondencia y papeles privados, "para la tasación de los impuestos y para los casos de intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de los libros de contabilidad y demás papeles anexos".

El artículo 34, al facultar al Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales y a los empleados que éste designe para examinar los libros de contabilidad del contribuyente a efecto de verificar la exactitud de los datos suministrados en cuanto al avalúo de **good will** para fines de liquidación de los tributos, no hace sino desarrollar la norma constitucional citada.

Y si la ley mercantil para finalidades meramente privadas, autoriza a los tribunales para ordenar aún de oficio la exhibición y el reconocimiento general de los libros en los casos de sucesión universal, comunidad de bienes, liquidación de sociedades legales o convencionales y quiebras (C. de Co., artículo 56), no se ve razón alguna para no poderlo hacer los funcionarios administrativos con una finalidad pública relacionada con la justa liquidación de los impuestos que se deban pagar al Estado.

Cabe advertir que la Sala Plena de la Corte en fallo del 6 de diciembre de 1946 había declarado la exequibilidad del artículo 52 del mismo Decreto-Ley 554 de 1942, por el cual se obliga a los contribuyentes, bajo penas de multa, a presentar sus libros de contabilidad ante los Administradores y Recaudadores de Hacienda Nacional o ante otros empleados del ramo, para la liquidación de los impuestos nacionales. (G. J., números 2042-2044, Tomo LXI, págs. 618 y 619).

Tampoco se opone a ninguna norma constitucional la autorización de inspeccionar las empresas por los mismos funcionarios para los fines aludidos.

Según se observó anteriormente, el demandante no presenta razón alguna para sustentar la inconstitucionalidad del artículo 16 del Decreto-Ley 554 de 1942. No existiendo respecto de tal acusación los requisitos exigidos por el artículo 2º de la Ley 96 de 1936, la Corte no puede pronunciarse sobre la exequibilidad o inexequibilidad de esa disposición.

VI. — Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la facultad concedida por el artículo 214 de la Constitución, y oído el señor Procurador General de la Nación, decide:

1º Son exequibles los artículos 15, 18 (inciso 2º) y 25 del Decreto-Ley número 380 del 12 de febrero de 1942;

2º Es exequible el artículo 34 del Decreto-Ley número 554 del 28 de febrero de 1942;

3º No hay lugar a pronunciarse sobre la exequibilidad de los artículos 1º, 2º, 3º y 7º del Decreto-Ley número 380 de 1942, y de los artículos 6º, 11, 16 y 18 (incisos 1º, 2º y 3º) del Decreto-Ley número 554 de 1942.

4º Sobre la inexequibilidad del artículo 14 del Decreto-Ley 554 de 1942, se está a lo resuelto por la Sala Plena de la Corte en sentencia del 6 de diciembre de 1946.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL, comuníquese esta decisión al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y archívese el expediente.

Luis Felipe Latorre—Manuel Barrera Parra—Aníbal Cardoso Gaitán—Luis Enrique Cuervo A. Jesús Estrada Monsalve—Roberto Goenaga—Ignacio Gómez Posse—Agustín Gómez Prada—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez—Ricardo Jordán Jiménez—Julio Pardo Dávila—Camilo Rincón Lara—Domingo Sarasty — Luis Zafra—Alberto Zuleta Angel — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

LA DECISION DE INEXEQUIBILIDAD NO PROCEDE RESPECTO DE ACTOS INSUBSISTENTES

Si la disposición de un decreto legislativo, acusada de inconstitucionalidad, ha sido derogada expresamente, aun cuando ella aparezca reproducida literalmente en otro decreto legislativo posterior, la Corte se encuentra ante un caso de sustracción de materia y no hay lugar a resolver sobre la demanda de inexequibilidad de la norma derogada.

La Corte en jurisprudencia constante y reiterada ha decidido que esta corporación no puede pronunciarse sobre la exequibilidad de leyes o decretos que hayan dejado de regir. La decisión sobre inexequibilidad no es otra cosa que la declaración jurisdiccional de que el acto acusado no puede ejecutarse por vulnerar o menoscabar la norma constitucional de superior jerarquía. Tal declaración, por consiguiente, supone la vigencia y operancia del decreto o ley inconstitucional, ya que el acto insubsistente, por el solo hecho de serlo, no es susceptible de ejecución. La decisión de inexequibilidad se proyecta sobre el futuro y no sobre el pasado: en principio, ella no produce los efectos de una declaración de nulidad absoluta sino los de una derogatoria de la norma acusada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena—Bogotá, veintidós (22) de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955).

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra)

El doctor Francisco Daza, ciudadano colombiano, ejercitando la acción pública consagrada en el artículo 214 de la Constitución Nacional, pidió a la Corte en libelo presentado el 27 de noviembre de 1953 se declarara la inexequibilidad del artículo 18 del Decreto Legislativo número 2266 (septiembre 23), que es del siguiente tenor:

"Dado el carácter técnico de los problemas arancelarios, las decisiones que sobre ellos profiera la Dirección General de Aduanas, y la Junta General de Aduanas, quedarán sustraídas al control de la jurisdicción contencioso administrativa".

El Decreto Legislativo número 2266 de 1952, del que forma parte la disposición tachada de inconstitucionalidad, fue dictado por la rama ejecutiva en uso de las atribuciones conferidas en el artículo 121 de la Carta.

El demandante considera que el acto impugnado quebranta de una parte la norma del artículo 121, y de otra los artículos 136, 137 y 141 de la misma Constitución.

Corrido el traslado de rigor al señor Procurador General de la Nación, éste emitió concepto el 1º de febrero de 1954, pidiendo a la Corte se pronunciara por la exequibilidad de la disposición acusada.

Al entrar a decidir sobre la presente demanda, la Corte encuentra que el 3 de marzo de 1954 fue expedido por el Presidente de la República el Decreto Legislativo número 0700, "por el cual se organiza la jurisdicción aduanera y se dictan otras disposiciones", y que en este estatuto, dictado también en uso de las facultades conferidas en el artículo 121 de la Constitución Nacional, se encuentran las siguientes disposiciones:

"Artículo 113.—**Modifícase el artículo 1º del Decreto 2266 de 1952, y deróganse sus demás disposiciones** (subraya la Sala); deróganse el Decreto 3134 de 1952 y los artículos 1º, 2º, 3º, 6º, 7º y 8º del Decreto 2187 de 1953, el artículo 7º del Decreto 2602 de 1951, y suspéndense todas las disposiciones legales contrarias al presente Decreto.

"Artículo 114.—Este Decreto rige desde la fecha de su expedición".

El Decreto Legislativo número 0700 de 1954 lleva la firma del Presidente de la República y de todos los Ministros, y aparece publicado en el número 28430 del "Diario Oficial", correspondiente al 12 de marzo de 1954.

En consecuencia, la disposición demandada fue derogada expresamente, y aun cuando ella aparece reproducida literalmente en el artículo 92 del Decreto Legislativo número 0700 de 1954, la Corte se encuentra ante un caso de sustracción de materia, pues el artículo 18 del Decreto Le-

gislativo número 2266 dejó de regir desde el 3 de marzo de 1954 y la norma que lo reemplazó no es objeto de la presente demanda.

En fallo proferido por esta corporación el 30 de julio de 1955 (LXXX, 645) se expresa:

"La Corte en jurisprudencia constante y reiterada ha decidido que esta corporación no puede pronunciarse sobre la exequibilidad de leyes o decretos que hayan dejado de regir. La decisión sobre inexequibilidad no es otra cosa que la declaración jurisdiccional de que el acto acusado no puede ejecutarse por vulnerar o menoscabar la norma constitucional de superior jerarquía. Tal declaración, por consiguiente, supone la vigencia y operancia del decreto o ley inconstitucional, ya que el acto insubsistente, por el solo hecho de serlo, no es susceptible de ejecución. La decisión de inexequibilidad se proyecta sobre el futuro y no sobre el pasado: en principio, ella no produce los efectos de una declaración de nulidad absoluta sino los de una derogatoria de la norma acusada".

Por consiguiente, habiendo sido derogada expresamente la disposición acusada, la Corte no puede pronunciarse sobre la demanda de inexequibilidad.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la atribución conferida en el artículo 214 de la Constitución Nacional, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación,

DECIDE:

No hay lugar a resolver sobre la demanda de inconstitucionalidad del artículo 18 del Decreto Legislativo número 2266 de 23 de septiembre de 1952.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL, comuníquese al Ministro de Hacienda y Crédito Público, y archívese el expediente.

Luis Felipe Latorre—Manuel Barrera Parra—Aníbal Cardoso Gaitán—Luis Enrique Cuervo A. Jesús Estrada Monsalve — Roberto Goenaga—Ignacio Gómez Posse—Agustín Gómez Prada—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez—Ricardo Jordán Jiménez—Julio Pardo Dávila—Camilo Rincón Lara — Domingo Sarasty—Luis Zafra—Alberto Zuleta Angel — Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

DERECHOS ADQUIRIDOS EN MATERIA DE PRESTACIONES SOCIALES. — EN EJERCICIO DE LAS FACULTADES EXTRAORDINARIAS DEL ESTADO DE SITIO EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA NO PUEDE DEROGAR NI MODIFICAR LAS LEYES

1.—La Caja Nacional de Previsión como la Caja de Protección Social de la Policía Nacional y otras instituciones públicas similares, han sido creadas por la ley con el fin de ofrecer determinadas ventajas personales o prestaciones a los servidores del Estado, en propio interés del buen funcionamiento del servicio público, ya que mediante ellas se estimula el celo, la honradez y la eficiencia de los funcionarios y empleados oficiales. Pensiones de retiro, auxilios de cesantía, recompensas por tiempo cumplido en el servicio, prestaciones en caso de enfermedad o accidente, seguros de vida, subsidios de maternidad, préstamos para vivienda, etc., son ejemplos de las ventajas personales o prestaciones establecidas por el Estado a sus servidores al través de las mencionadas instituciones financiadas con fondos oficiales y contribuciones impuestas a sus afiliados. Tales prestaciones señaladas por las leyes y reglamentos, como los sueldos de los servidores del Estado, son actualmente elemento esencial de la organización de los servicios públicos. "Se fijan —ha dicho la Corte— no en vista de una persona determinada o para un agente público en el momento en que entra al servicio, sino objetivamente, por el buen funcionamiento de éste, por la función, y en consecuencia, para todos los agentes públicos titulares, presentes y futuros, de una determinada función. Forman un STATUS, una situación jurídica objetiva, general e impersonal, legal y reglamentaria". "Consecuencias de las relaciones jurídicas del STATUS legal y reglamentario del agente público —ha agregado la Corte— son las de que las ventajas personales tocantes con una función pueden ser en todo momento modificadas, reducidas o suprimidas completamente, sin que los titulares puedan oponer ninguna objeción jurídica; y la de que cuando las condiciones legales se han cumplido, el funcionario puede exigir la ventaja personal tal como ella se halla fijada en las leyes y reglamentos". (Sala Plena, sentencia del 28 de febrero de 1946, LX, 8). Siguiendo la misma doctrina de la Corte en la sentencia aludida, debe agregarse: Cuando las condiciones legales para el reconocimiento de determinada prestación no se han llenado, el agente público se halla en una situación legal y reglamentaria; cuando las condiciones legales se han llenado, aquél se encuentra en una situación jurídica individual. Siendo la prestación eventual una situación jurídica objetiva legal, puede ser modificada en el porvenir, en cualquier instante, por la ley, sea en su QUANTUM, sea en sus modalidades. Cuando las condiciones legales se han llenado, el funcionario tiene una acreencia propiamente dicha por hallarse colocado en una situación jurídica concreta, individual. Desde que un agente público ha reunido las condiciones preestablecidas y por ende, se ha causado legalmente la prestación a su favor, tiene un DERECHO ADQUIRIDO que no puede ser desconocido ni vulnerado por leyes posteriores, según lo previsto en el artículo 30 de la Carta. El derecho del agente público es entonces irrevocable en el sentido de que las condiciones para exigir la prestación, las bases para su liquidación, la cuantía y extensión que resultan de las leyes vigentes en tal momento, no podrían ser modificadas en detrimento suyo. Las prestaciones sociales causadas por el cumplimiento de los hechos exigidos en la respectiva norma legal, constituyen derechos personales o créditos a cargo de la institución de previsión social correspondiente, las cuales forman parte del patrimonio del titular, y como tales, derechos adquiridos invulnerables.

2.—El decreto acusado se limitó a disponer que a partir del 1º de enero de 1954, el personal de funcionarios y empleados de

los Ministerios de Gobierno y de Justicia, del Palacio Presidencial y de la Registraduría Nacional del Estado Civil, anteriormente vinculados a la Caja de Protección de la Policía Nacional con las prestaciones sociales que por ley o reglamento se ofrecían a todos los afiliados, quedaría adscrito a la Caja Nacional de Previsión con los mismos derechos y obligaciones de los demás afiliados a esta institución. En esta forma se modificó el STATUS de los funcionarios y empleados referidos en cuanto a sus prestaciones sociales. Como lo demuestra el demandante, con este traslado quedaron disminuídas o suprimidas algunas de las prestaciones sociales a las que eventualmente tenían derecho tales servidores del Estado. Pero esta modificación del STATUS legal o reglamentario, constitutivo de una situación jurídica objetiva, general e impersonal, podía llevarse a cabo por medio del decreto acusado, sin que ello implicara desconocimiento o menoscabo de los derechos adquiridos por los antiguos afiliados civiles a la Caja de Protección Social de la Policía Nacional. Muy distinto sería el caso de que se hubiera dispuesto suprimir o reducir prestaciones ya causadas a favor de funcionarios o empleados que cumplieron las condiciones preestablecidas. Las nuevas disposiciones no podrían vulnerar ni desconocer la situación jurídica concreta, subjetiva, individual de quienes por virtud de una ley en vigor, se hicieron titulares de una acreencia determinada contra la Caja de Protección Social de la Policía Nacional. Tales créditos al encontrarse dentro del patrimonio de sus titulares, por virtud de hechos legalmente consumados, son derechos adquiridos invulnerables por la ley nueva.

3.—Según el artículo 118, numeral 8º, de la Constitución, "corresponde al Presidente de la República, en relación con el Congreso... dictar, en los casos y con las formalidades prescritas en el artículo 121, decretos que tengan fuerza legislativa, que dejarán de regir al restablecerse el orden público". Y conforme al inciso 3º del artículo 121 citado, "el gobierno no puede derogar las leyes por medio de los mencionados decretos. Sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio". De manera que por fuerza de estas normas constitucionales, el Presidente de la República tiene facultades legislativas extraordinarias durante la perturbación declarada del orden público, pero con las limitaciones establecidas en la propia Carta, una de las cuales es la de que el gobierno sólo puede suspender, no derogar, las leyes contrarias a los decretos legislativos que dicte en ejercicio del artículo 121. La legislación extraordinaria deja de regir al restablecerse el orden público y las leyes ordinarias suspendidas recuperan su plena vigencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena — Bogotá, veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955).

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra)

Severo Galindo Díaz, ejercitando la acción popular consagrada en el artículo 214 de la Constitución Nacional, pide a la Corte se declare la inexequibilidad del Decreto Legislativo número 3217 de 9 de diciembre de 1953 "por el cual se trasladan a la Caja de Previsión Nacional algunos afiliados de la Caja de Protección Social de la Policía Nacional".

El texto del Decreto acusado es el siguiente:

"El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus facultades legales y las especiales que le confiere el artículo 121 de la actual Codificación Constitucional, y

"Considerando:

"Que por Decreto número 3518 de 1949 se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República;

"Que por disposiciones legales han venido figurando como afiliados a la Caja de Protección Social de la Policía Nacional funcionarios extraños a esa entidad, cuya permanencia allí perjudica la buena marcha de esa entidad, que debe circunscribir sus actividades a los miembros de las Fuerzas de Policía;

"Que aquellos funcionarios extraños a la Policía deben pertenecer a la misma entidad a que pertenecen todos los demás funcionarios nacionales similares, o sea a la Caja Nacional de Previsión,

"Decreta:

"Artículo 1º — A partir del primero de enero próximo, el personal extraño a la Policía (Ministerios de Gobierno, Justicia, del Palacio Pre-

sidencial y Registraduría Nacional del Estado Civil), que venía figurando como afiliado a la Caja de Protección Social de la Policía Nacional, pasará a ser afiliado de la Caja Nacional de Previsión, con las mismas obligaciones y derechos de los demás afiliados a esta institución. La Nación proveerá a la Caja Nacional de Previsión, en su oportunidad, de las sumas necesarias para el pago de estas prestaciones hasta la fecha.

"Artículo 2º—Las pensiones que venía pagando la Caja de Protección Social de la Policía Nacional, o que hayan de reconocerse en lo sucesivo a ese personal extraño de la Policía, las atenderá del primero de enero próximo en adelante, la Caja Nacional de Previsión.

"Artículo 3º—Quedan derogadas y modificadas todas las disposiciones contrarias a las que contiene el presente Decreto.

"Comuníquese, publíquese y cúmplase.

"Dado en Bogotá el 9 de diciembre de 1953".

Dicho decreto fue publicado en el número 28388 del Diario Oficial, correspondiente al 22 de enero de 1954. En él aparecen las firmas del señor Presidente de la República y de todos sus Ministros.

La demanda

El demandante relaciona en su libelo las disposiciones legales que consagran derechos y prestaciones sociales a favor de los afiliados a la Caja de Protección Social de la Policía Nacional, compara tales derechos y prestaciones con los reconocidos a los afiliados a la Caja Nacional de Previsión, y concluye que el decreto acusado en cuanto traslada de la primera a la segunda institución el personal de empleados allí señalado, menoscaba los derechos y prerrogativas de éstos.

En este orden de ideas, el demandante puntualiza la mayor amplitud de las prestaciones sociales otorgadas a los afiliados a la Caja de Protección Social de la Policía Nacional en materia de recompensas por tiempos de servicio, auxilios de cesantía, primas de alojamiento, asistencia médica y farmacéutica, pensiones, comisariato, préstamos, etc.

En concepto del demandante el decreto acusado viola el artículo 30 de la Carta en cuanto se cercenan o menoscaban los derechos adquiridos por los afiliados a la Caja de Protección Social de la Policía Nacional. Y quebranta asimismo, en su sentir, la norma del artículo 26 de la Constitución.

Por otra parte, el demandante alude a la disposición del artículo 3º del decreto acusado, según la cual "quedan derogadas y modificadas todas las disposiciones contrarias a las que contiene el presente Decreto" y sostiene que ella viola el artículo 121 de la Constitución, por cuanto el gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias del estado de sitio no puede derogar las leyes por medio de los decretos que dicte y tales facultades "se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio".

Vista del Procurador General de la Nación

Al descorrer el traslado de la demanda, el señor Procurador General de la Nación, sustenta los siguientes puntos de vista:

1º En acciones de inexequibilidad no es posible la acusación de un decreto extraordinario o legislativo, por contraposición a simples normas legales, como quiera que dada la jerarquía de las normas y teniendo los decretos expresados fuerza y carácter de leyes, no pueden suponerse violatorios de éstas. "La acusación solamente puede hacerse por contravenir normas de superior jerarquía, o sea, por chocar con normas constitucionales". Por este aspecto son inválidas las argumentaciones tendientes a demostrar la inexequibilidad como consecuencia de que el decreto acusado modificara las prestaciones de los afiliados civiles a la Caja de Protección Social de la Policía Nacional.

2º "El principio de retroactividad de la ley, en cuanto afecta derechos o beneficios amparados por una ley anterior, no es aceptable jurídicamente y tal es el sentido del artículo 30 de la Constitución Nacional cuando expresa que los derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.

"Pero, en el problema de la aplicación de una ley nueva deben tenerse en cuenta diversos factores en el desenvolvimiento de una situación jurídica. Si pretende aplicarse a situaciones jurídicas perfectas anteriores al cambio de legislación, tendrá efecto retroactivo. Si sólo se aplica a situaciones posteriores, tendrá un efecto inmediato. El efecto retroactivo, que es la aplicación de la ley en el pasado, está prohibido por el precepto constitucional. Mas no así cuando se aplica a situaciones jurídicas posteriores, con efecto inmediato, porque entonces es la aplicación de la ley en el presente o para el futuro, lo cual es perfectamente lícito y permitido al legislador.

"Una ley puede reglamentar situaciones jurídicas generales o situaciones jurídicas personales. En el primer caso, cuando afecta situaciones

generales pero creadas y reconocidas por una ley anterior, verbigratia, cuando decide que quienes venían gozando de un derecho a una pensión por servicios al Estado dejarían de gozarlos en lo futuro, viola la norma constitucional del artículo 30: tal ley debe ser declarada inexequible. Pero cuando la aplicación de la ley nueva afecta situaciones jurídicas personales, ya no puede aplicarse la inexequibilidad por vía general, sino discutirse en otra forma el derecho personificado y concreto nacido en virtud de la ley anterior.

"De aquí se deduce que solamente cuando la nueva ley afecta situaciones jurídicas generales y perfectas, surgidas al amparo de la ley anterior, puede acusarse de inexequibilidad. Cuando se trata de situaciones personales determinadas en casos concretos, surge el problema de aplicación o no aplicación de la ley nueva, el cual se debate ante la jurisdicción especial de lo contencioso administrativo".

3º El decreto acusado se limita a trasladar el personal del Ministerio de Gobierno, Ministerio de Justicia, Palacio Presidencial y Registraduría Nacional del Estado Civil que venía figurando como afiliado a la Caja de Protección Social de la Policía Nacional, a la Caja Nacional de Previsión, a partir del 1º de enero de 1954, disponiendo que a partir de esta fecha, el personal trasladado gozará de las mismas obligaciones y derechos de los demás afiliados a esta última institución. Dispone también el decreto acusado que las pensiones que venía pagando a dicho personal la Caja de Protección Social de la Policía o que hayan de reconocerse en el futuro a tales afiliados, serán atendidas por la Caja Nacional de Previsión a partir del 1º de enero de 1954.

"Como se ve, la norma en cuestión estatuye para lo futuro y no afecta la situación jurídica general de quienes hasta el 1º de enero de este año fueron afiliados a la Caja de Previsión de la Policía Nacional, a tal norma no se le da efecto retroactivo.

"Pero se dirá que se afectan los derechos de aquellos afiliados en cuanto que las prestaciones serán las que reconoce la Caja Nacional y no las establecidas para la de la Policía más favorables a los trabajadores, según el demandante. Pero éste es un problema de aplicación del Decreto a cada caso concreto.

"Aquel cuyo derecho a determinada prestación como jubilación, bonificaciones, cesantía, etc., se consolidó en vigencia de la legislación anterior, tendrá derecho indudable a que la Caja Nacional se las liquide y pague de acuerdo con la anterior legislación, pero si así no lo hiciere, habrá de recurrirse a la jurisdicción especial en cada caso concreto para que se ampare y restablezca el derecho particular violado.

"Para quienes no se había consolidado el derecho con arreglo a la legislación anterior, no tenían sino una simple expectativa y en manera alguna estaban cobijados por una situación jurídica concreta o un derecho adquirido, pues no habían coexistido las circunstancias de hecho previstas en la ley con el derecho reconocido por la misma".

Por el aspecto de violación de derechos adquiridos garantizados por el artículo 30 de la Carta no puede prosperar la acusación.

4º Tiene razón el demandante al considerar inconstitucional el artículo 3º del decreto acusado, en cuanto declara "derogadas y modificadas" las disposiciones contrarias, pues de acuerdo con el inciso 3º del artículo 121 de la Carta "el gobierno no puede derogar las leyes por medio de los expresados decretos" en ejercicio de las facultades extraordinarias en estado de sitio.

5º En consecuencia, deben declararse exequibles los artículos 1º y 2º del decreto acusado, e inexequible el artículo 3º del mismo.

Consideraciones de la Corte:

La Caja Nacional de Previsión como la Caja de Protección Social de la Policía Nacional y otras instituciones públicas similares, han sido creadas por la ley con el fin de ofrecer determinadas ventajas personales o prestaciones a los servidores del Estado, en propio interés del buen funcionamiento del servicio público, ya que mediante ellas se estimula el celo, la honradez y la eficiencia de los funcionarios y empleados oficiales.

Pensiones de retiro, auxilios de cesantía, recompensas por tiempo cumplido en el servicio, prestaciones en caso de enfermedad o accidentes, seguros de vida, subsidios de maternidad, préstamos para vivienda, etc., son ejemplos de las ventajas personales o prestaciones establecidas por el Estado a sus servidores al través de las mencionadas instituciones financiadas con fondos oficiales y contribuciones impuestas a sus afiliados.

Tales prestaciones señaladas por las leyes y reglamentos, como los sueldos de los servidores del Estado, son actualmente elemento esencial de la organización de los servicios públicos. "Se fijan —ha dicho la Corte— no en vista de una

persona determinada o para un agente público en el momento en que entra al servicio, sino objetivamente, por el buen funcionamiento de éste, por la función, y en consecuencia, para todos los agentes públicos titulares, presentes y futuros, de una determinada función. Forman un **status**, una situación jurídica objetiva, general e impersonal, legal y reglamentaria".

"Consecuencias de las relaciones jurídicas del **status** legal y reglamentario del agente público —ha agregado la Corte— son las de que las ventajas personales tocantes con una función pueden ser en todo momento modificadas, reducidas o suprimidas completamente, sin que los titulares puedan oponer ninguna objeción jurídica; y la de que cuando las condiciones legales se han cumplido, el funcionario puede exigir la ventaja personal tal como ella se halla fijada en las leyes y reglamentos". (Sala Plena, sentencia del 28 de febrero de 1946, LX, 8).

Siguiendo la misma doctrina de la Corte en la sentencia aludida, debe agregarse:

Cuando las condiciones legales para el reconocimiento de determinada prestación no se han llenado, el agente público se halla en una situación legal y reglamentaria; cuando las condiciones legales se han llenado, aquél se encuentra en una situación jurídica individual. Siendo la prestación eventual una situación jurídica objetiva legal, puede ser modificada en el provenir, en cualquier instante, por la ley, sea en su **quantum**, sea en sus modalidades.

Cuando las condiciones legales se han llenado, el funcionario tiene una acreencia propiamente dicha por hallarse colocado en una situación jurídica concreta, individual. Desde que un agente público ha reunido las condiciones preestablecidas y por ende, se ha causado legalmente la prestación a su favor, tiene un **derecho adquirido** que no puede ser desconocido ni vulnerado por leyes posteriores, según lo previsto en el artículo 30 de la Carta.

El derecho del agente público es entonces irrevocable en el sentido de que las condiciones para exigir la prestación, las bases para su liquidación, la cuantía y extensión que resultan de las leyes vigentes en tal momento, no podrían ser modificadas en detrimento suyo. Las prestaciones sociales causadas por el cumplimiento de los hechos exigidos en la respectiva norma legal, constituyen derechos personales o créditos a cargo de la institución de previsión social correspondiente, las cuales forman parte del patrimonio del titular, y como tales, derechos adquiridos invulnerables.

Los artículos 1º y 2º del decreto acusado desconocen o vulneran derechos adquiridos de los antiguos afiliados civiles de la Caja de Protección Social de la Policía Nacional trasladados a la Caja Nacional de Previsión? El demandante responde afirmativamente esta cuestión y por tal razón considera que el decreto es inexequible como violatorio del artículo 30 de la Constitución Nacional.

La Sala encuentra totalmente infundada esta acusación. El decreto acusado se limitó a disponer que a partir del 1º de enero de 1954, el personal de funcionarios y empleados de los Ministerios de Gobierno y de Justicia, del Palacio Presidencial y de la Registraduría Nacional del Estado Civil, anteriormente vinculados a la Caja de Protección de la Policía Nacional con las prestaciones sociales que por ley o reglamento se ofrecían a todos sus afiliados, quedaría adscrito a la Caja Nacional de Previsión con los mismos derechos y obligaciones de los demás afiliados a esta institución. En esta forma se modificó el **status** de los funcionarios y empleados referidos en cuanto a sus prestaciones sociales. Como lo demuestra el demandante, con este traslado quedaron disminuídas o suprimidas algunas de las prestaciones sociales a las que eventualmente tenían derecho tales servidores del Estado. Pero esta modificación del **status** legal o reglamentario, constitutivo de una situación jurídica objetiva, general e impersonal, podía llevarse a cabo por medio del decreto acusado, sin que ello implicara desconocimiento o menoscabo de los derechos adquiridos por los antiguos afiliados civiles a la Caja de Protección Social de la Policía Nacional.

Muy distinto sería el caso de que se hubiera dispuesto suprimir o reducir prestaciones ya causadas a favor de funcionarios o empleados que cumplieron las condiciones preestablecidas. Las nuevas disposiciones no podrían vulnerar ni desconocer la situación jurídica concreta, subjetiva, individual de quienes por virtud de una ley en vigor, se hicieron titulares de una acreencia determinada contra la Caja de Protección Social de la Policía Nacional. Tales créditos al encontrarse dentro del patrimonio de sus titulares, por virtud de hechos legalmente consumados, son derechos adquiridos invulnerables por la ley nueva.

Como lo observa el señor Procurador General de la Nación, aquel cuyo derecho a determinada prestación como jubilación, bonificaciones, cesan-

tia, etc., se consolidó en vigencia de la legislación anterior, podrá exigir su reconocimiento y pago a la Caja Nacional de Previsión de acuerdo con aquella legislación. Y si así no se hiciere, "habrá de recurrirse a la jurisdicción especial en cada caso concreto para que se ampare y restablezca el derecho particular violado".

De lo anterior se concluye que el decreto acusado no es violatorio del artículo 30 del estatuto fundamental.

Tampoco viola el artículo 26 citado por el demandante, pues el decreto acusado no ha dispuesto, como parece sugerirlo la demanda, que los titulares de las prestaciones adquiridas puedan ser privados de sus acreencias por procedimiento atentatorio de las garantías de juzgamiento consagradas en aquella norma.

El decreto acusado fue dictado por la rama ejecutiva en ejercicio de las facultades extraordinarias de que se halla investido el Presidente de la República durante el estado de sitio, conforme al artículo 121 de la Carta.

Según el artículo 118, numeral 8º, de la Constitución, "corresponde al Presidente de la República, en relación con el Congreso... dictar, en los casos y con las formalidades prescritas en el artículo 121, decretos que tengan fuerza legislativa, que dejarán de regir al restablecerse el orden público".

Y conforme al inciso 3º del artículo 121 citado, "el gobierno no puede derogar las leyes por medio de los mencionados decretos. Sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio".

De manera que por fuerza de estas normas constitucionales, el Presidente de la República tiene facultades legislativas extraordinarias durante la perturbación declarada del orden público, pero con las limitaciones establecidas en la propia Carta, una de las cuales es la de que el gobierno sólo puede suspender, no derogar, las leyes contrarias a los decretos legislativos que dicte en ejercicio del artículo 121. La legislación extraordinaria deja de regir al restablecerse el orden público y las leyes ordinarias suspendidas recuperan su plena vigencia.

Por este aspecto, es fundada la acusación del demandante contra el artículo 3º del Decreto Legislativo número 3217 de 1953 según el cual "quedan derogadas y modificadas todas las disposiciones contrarias a las que contiene el presente decreto", ya que el gobierno sólo podía suspender las disposiciones legales contrarias al decreto.

Dicho artículo es violatorio del artículo 121, inciso 3º, de la Constitución Nacional, conforme lo sostiene el demandante, y en consecuencia, debe ser declarado inexequible.

Como consecuencia de la anterior declaración de inexequibilidad, deberá entenderse que el Decreto Legislativo número 3217 de 1953 sólo suspende las disposiciones legales que son contrarias a los artículos 1º y 2º del mismo.

Resolución

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la función que le atribuye el artículo 214 de la Constitución Nacional, oído el concepto del Procurador General de la Nación y de acuerdo con él, resuelve:

1º Son exequibles los artículos 1º y 2º del Decreto Legislativo 3217 de 9 de diciembre de 1953;

2º Es inexequible el artículo 3º del mismo Decreto.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL, comuníquese a los Ministros de Gobierno, Justicia y Trabajo. Archívese el expediente.

Luis Felipe Latorre — Manuel Barrera Parra. Aníbal Cardoso Gaitán—Luis Enrique Cuervo A. Jesús Estrada Monsalve—Roberto Goenaga—Ignacio Gómez Posse—Agustín Gómez Prada—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez—Ricardo Jordán Jiménez — Julio Pardo Dávila — Camilo Rincón Lara—Domingo Sarasty M.—Luis Zafra. Alberto Zuleta Angel, con salvamento de voto.— **Ernesto Melendro Lugo**, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. ALBERTO ZULETA ANGEL

Cuando el señor magistrado ponente presentó a la consideración de la Sala el respectivo proyecto de sentencia, me permití exponer que, en mi concepto, era el caso de examinar el alcance del artículo 121 de la Constitución Nacional en cuanto faculta al gobierno para suspender las leyes que sean incompatibles con el estado de sitio. No encontró la Sala aceptable este proceder. Por mi parte, insisto en considerar que no ha debido eludirse el estudio de la referida cuestión. Esto explica por qué no suscribo el fallo que precede.

Fecha ut supra.

Alberto Zuleta Angel—Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

ACUSACION DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTICULOS 2º, 3º Y 4º DE LA LEY 98 DE 1948; 6º Y 26 DEL DECRETO 3842 DE 1949; 1º, 2º, 3º Y 4º DEL DECRETO 0690 DE 1950 Y DE LOS ARTICULOS 1º A 5º, 7º, 9º, 10º, 15º Y 16º DEL DECRETO 1137 DE 1950.—LA DOCTRINA TRADICIONAL DE LA SUSTRACCION DE MATERIA. — CONTRASENTIDO DE UNA SENTENCIA EN QUE SE HAGAN CONSIDERACIONES DE FONDO CUANDO NO HAY PROBLEMA QUE RESOLVER O MATERIA SOBRE LA CUAL FALLAR

1.—La Corte en jurisprudencia constante y reiterada ha decidido que esta corporación no puede pronunciarse sobre la inexequibilidad de leyes o decretos que hayan dejado de regir. La decisión sobre inexequibilidad no es otra cosa que la declaración jurisdiccional de que el acto acusado no puede ejecutarse por vulnerar o menoscabar la norma constitucional de superior jerarquía. Tal declaración por consiguiente supone la vigencia y operancia del decreto o ley inconstitucional, ya que el acto insubsistente, por el solo hecho de serlo, no es susceptible de ejecución. La decisión de inexequibilidad se proyecta sobre el futuro y no sobre el pasado: en principio ella no produce los efectos de una declaración de nulidad absoluta, sino los de una derogatoria de la norma acusada. (G. J. Tomo LXXX, número 2155, pág. 645).

2.—En providencia de 27 de septiembre de 1948 expresó la Corte: "las providencias judiciales no son discusiones académicas o exposiciones de carácter doctrinario y didáctico y, por consiguiente, las doctrinas que en ellos se sustentan o los considerandos jurídicos que en las mismas se hagan sólo deben servir de base para fundar las decisiones de la parte resolutiva, es decir, esas doctrinas y considerandos deben ser tan sólo parte integrante de la motivación del auto o sentencia, y nada más".

Desde luego, no hay disposición constitucional ni legal que prohiba hacer en una sentencia toda clase de lucubraciones relacionadas con el problema que se contempla, pero el espíritu de los preceptos que señalan la forma y contenido de los fallos indica que éstos no deben salirse de los límites que su naturaleza misma impone. La misión de los jueces no es la de sentar cátedra de doctrinas, sino la de resolver las cuestiones sometidas a su estudio, de acuerdo con la constitución y las leyes. Es obvio que, al sentar las premisas de sus decisiones, tienen que exponer doctrinas y, así, al llenar su misión esencial, cumplen esa jurisprudencial y de magisterio que se reclama.

3.—El artículo 214 de la Constitución ordena a la Corte decidir sobre la exequibilidad de las leyes y decretos allí señalados: si lo que se ordena es decidir si una ley o decreto quebranta el Estatuto, no estando vigente el precepto acusado no hay materia sobre la cual pueda recaer un fallo, salvo el de inhibirse por sustracción de la misma.

Y el artículo 163 establece que "toda sentencia deberá ser motivada" lo cual significa que los jueces deben, en toda sentencia, explicar las razones o motivos que han tenido para llegar a la decisión. Por eso toda sentencia tiene una parte motiva y una resolutiva, que forman una unidad, en que la segunda no es ni puede ser sino consecuencia de la primera. La parte resolutiva es la que vincula, o mejor, la que produce efectos en el mundo jurídico; por eso todo motivo que no vaya enderezado a la decisión, excede del ministerio encomendado al juzgador. En tal virtud, en un fallo se debe exponer todo lo necesario para la resolución final, pero nada más que lo necesario o conducente.

Finalmente, no sobra anotar el contrasentido que ofrecería una sentencia en que se hicieran consideraciones de fondo cuando no hay problema qué resolver o materia sobre la cual fallar. Exagerando la tesis y sus consecuencias podrían acusarse como inconstitucionales preceptos derogados, con el

fin de que la Corte hiciera un estudio académico que, en cualquier momento, pudiera servir de pauta doctrinaria, lo que, sin utilidad práctica del momento, ocasionaría una congestión tremenda en sus labores, con gravísimo perjuicio en el despacho de los asuntos.

Existen las cátedras de derecho y las academias de jurisprudencia, que son lugares indicados para la labor meramente abstracta de magisterio, pues los fallos judiciales no han de salirse de la órbita que les asignan los preceptos constitucionales y legales. Se olvida, de otro lado, lo apuntado anteriormente, a saber, que al cumplir la Corte su misión de guardián de la integridad de la Constitución, ha venido desarrollando ese magisterio moral y de enseñanza doctrinaria del derecho público: bastaría al efecto con presentar todas las doctrinas que desde el acto legislativo número 3 de 1910 se han sentado sobre casi todos los textos del Estatuto Fundamental.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, a nueve de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

En demanda presentada a la Corte por los abogados Enrique A. Becerra y Carmelo González Cortina, se pide la declaración de inexequibilidad de los artículos 2º, 3º y 4º de la Ley 98 de 1948, "por la cual se crea el Fondo Permanente Nacional de Higiene"; 6º y 26º del Decreto 3842 de 1949, "por el cual se organiza la salubridad nacional"; 1º, 2º, 3º y 4º del Decreto 690 de 1950, "por el cual se fijan las tarifas de unas tasas y se establece el sistema de recaudo"; y 1º a 5º, 7º, 9º, 10º, 15º y 16º del Decreto 1137 de 1950, reglamentario del anterior.

No siendo pocas las disposiciones acusadas, la Corte seguirá el mismo orden de la demanda, para mayor claridad.

Ley 98 de 1948.—Los preceptos acusados de esta ley dicen así:

"Artículo 2º. El Fondo de que trata el artículo anterior (o sea, el Fondo Permanente Nacional de Higiene, explica la Corte), se formará de los siguientes ingresos:...f) Del producto de los sellos de garantía expedidos por el Ministerio de Higiene, Patentes y Carnets de Sanidad.

"Artículo 3º. El Ministerio de Higiene queda ampliamente facultado para exigir estampillas de sanidad en los casos que a continuación se enumeran:

"a).—Los manifiestos de importación de drogas, especialidades farmacéuticas, cosméticos y alimentos patentados, llevarán estampillas de sanidad, a razón de uno peso ($1) por cada mil pesos ($1.000) o fracción mayor de doscientos pesos ($200);

"b).—Los certificados de sanidad que se exigen para salir del país, llevarán una estampilla de sanidad por valor de un peso ($1).

"Artículo 4º. El Ministerio de Higiene queda facultado para suministrar sellos de garantía para los productos o especialidades farmacéuticas, cosméticos y alimentos patentados, cuya venta haya sido autorizada por el Ministerio".

El demandante dice que tales disposiciones quebrantan los artículos 76 (atribuciones 12ª y 15ª), 32, 17 y 39 de la Constitución Nacional, por las razones que sucintamente se enuncian en seguida:

Quebrantan el artículo 76, ordinal 12, porque por medio de tales disposiciones se faculta al Ministerio de Higiene para gravar con impuestos la importación de drogas, cosméticos y demás artículos, y la producción y venta de los mismos, mediante estampillas de sanidad y sellos de garantía, siendo así que de estas facultades sólo puede ser investido el Presidente de la República.

Quebrantan el artículo 32, porque los preceptos acusados permiten cobrar por dos veces el impuesto sobre el consumo de los artículos gravados: una, con el título de estampilla de sanidad, en los manifiestos de importación, y otra, con el nombre de sellos de garantía, que si proceden del extranjero quedan gravados por una tercera vez, mediante el correspondiente derecho de aduana. La intervención del Estado en las industrias o empresas públicas o privadas, consagrada en el citado artículo 32, tiende a racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas o de dar al trabajador justa protección, pero no puede extenderse hasta decretar impuestos extraordinarios, aunque la necesidad lo exija.

Quebrantan el artículo 17, que establece que el trabajo es una obligación social y debe gozar de la protección del Estado, y los trabajadores que importan, producen o comercian en drogas no pueden estar a merced de éste, "cuya intervención no puede ir hasta aniquilarlos o hacerlos improductivos, por obra de impuestos múltiples, excesivos o inmotivados".

Y quebrantan el artículo 39, que permite la inspección de las profesiones y oficios en lo relativo a la moralidad, salubridad y seguridad públicas, porque esto se realiza mediante la con-

cesión de la patente: sólo por obra de la patente de sanidad es como tales productos, reconocidos como salubres, pueden venderse, y no por obra de las estampillas y sellos de garantía, que sólo son el medio para cobrar un nuevo impuesto.

El señor Procurador estima que el numeral f) del artículo 2º acusado quebranta el artículo 76 de la Constitución, porque la ley no expresa que le concede autorización o facultad al Presidente de la República para establecer impuestos o tasas. Y si bien el artículo 4º faculta al Ministerio de Higiene para suministrar los sellos de garantía, la Carta no autoriza para conceder al Gobierno autorizaciones extraordinarias tácitas, ni menos, para establecer contribuciones o gravámenes. Las disposiciones acusadas, para que tengan efecto, implican la facultad de fijar el gravamen representado por el producto de los sellos de garantía; "y como la ley no facultó de modo preciso al Presidente de la República para tal fijación ni señaló término al efecto, dedúcese con claridad que los mencionados numeral y artículo son inconstitucionales".

Se considera:

El decreto número 1.929 de 1951 dispone en su artículo 1º: "Suprímense los siguientes impuestos:...e) Impuesto sobre sellos de garantía, creado por decreto 690 de 1950".

Como se ve, este precepto dice que el impuesto de sellos de garantía fue creado por el decreto número 690, lo cual no es del todo exacto, puesto que lo creó, aunque sin señalar la cuantía, la ley 98 de 1948, como se ve de las disposiciones acusadas y transcritas. En todo caso y, para lo que aquí interesa, es forzoso concluír que los argumentos de la demanda no tienen operancia sobre lo dispuesto en el artículo 4º de la ley acusada, ni sobre lo dispuesto en el artículo 2º en cuanto se refiere a los mentados **sellos de garantía** en el ordinal f). Ha habido, pues, sustracción de materia para fallar este punto, según la constante doctrina de la Corte, y así habrá de decidirse en la parte resolutiva de la presente sentencia.

En cambio, están vigentes el artículo 3º y el artículo 2º en lo atañedero a las patentes, carnets de sanidad y estampilla de sanidad, y por eso es preciso estudiar los argumentos de inconstitucionalidad expuesto en la demanda, como en seguida se verá.

Establece el artículo 76 que corresponde al Congreso hacer las leyes y por medio de ellas ejercer las atribuciones que en tal precepto se señalan, entre otras, la de revestir, pro tempore, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen.

Se anota al respecto que por medio de los artículos acusados no se reviste al Gobierno de facultades extraordinarias para crear impuestos o tasas, con los nombres de estampillas de sanidad y sellos de garantía, sino que es el propio Congreso quien los crea o establece, de acuerdo con la facultad que le confiere el artículo 43 del Estatuto Fundamental.

En efecto, dice el artículo 1º de la ley: "Créase el Fondo Permanente Nacional de Higiene, con el objeto de atender a las necesidades urgentes de la higiene pública y a la organización de los servicios rurales en el territorio nacional".

Por el 2º se determinan los ingresos de los cuales ha de formarse "el Fondo de que trata el artículo anterior", entre los cuales se cuenta "el producto de los sellos de garantía expedidos por el Ministerio de Higiene, Patentes y Carnets de Sanidad, o sea, alude al ordinal f) de que habla el señor Procurador.

Y por el 3º se faculta "ampliamente" al Ministerio de Higiene para exigir estampilla de sanidad en los casos que allí se enumeran, o sea, de un peso por cada mil pesos o fracción de doscientos, en los manifiestos de importación, y de un peso, en los certificados de sanidad que se exigen para salir del país.

Respecto de la afirmación del señor Procurador de que para que las disposiciones acusadas tengan efecto, implican la facultad de fijar la cuantía del gravamen representado por el producto de los llamados **sellos de garantía,** apenas basta repetir que la tasa conocida con ese nombre fue suprimida. Razón que contesta también la de la demanda sobre que se dieron facultades al Ministerio de Higiene y no al Presidente de la República.

Así, pues, no quebrantan los preceptos acusados el artículo 76 de la Carta Fundamental.

En cuanto al artículo 32 de la Constitución, se anota que no se ve la oposición que pueda haber entre este precepto y las disposiciones acusadas: en dicho precepto se consagra la intervención del Estado en las industrias o empresas públicas o privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas o de dar al trabajador la justa protección a que tenga derecho. Y en el aparte del mismo artículo se advierte que esta función no podrá ejercerse en uso de las facultades del artículo 76, ordinal 12, de la Constitución.

El actor afirma que el ordinal 12 corresponde al ordinal 15, que dice que le compete al Congreso "decretar impuestos extraordinarios cuando al necesidad lo exija". Como el señor Procurador lo expresa, los demandantes incurren en confusión al entender que esta prohibición del inciso se relaciona con los impuestos. La reforma constitucional de 1945 consistió en impedir que la facultad de intervenir en las industrias o empresas se ejerciera por medio de facultades extraordinarias, que son las de que trata el ordinal 12 del artículo 76. El ordinal 15 nada tiene que hacer en esta materia. Por lo demás, crear el Fondo de Higiene y establecer unas contribuciones para constituírlo, no es intervenir en la explotación de industrias o empresas públicas o privadas.

Respecto del artículo 17 de la Carta, que establece que el trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado, tampoco se ve el nexo que exista entre el impuesto a los productos farmacéuticos y demás de que trata la ley y la a udida protección al trabajo. Tal vez si se demostrara que la cuantía de los gravámenes es tal que viniera a afectar gravemente las industrias y comercio de que se trata, hasta el punto de que determinaran su extinción, podría decirse que los trabajadores de ellos estaban lesionados y no protegidos, pero tal circunstancia no aparece demostrada, ni siquiera con razonamientos, como lo advierte la Procuraduría.

En fin y en lo tocante con el artículo 39 del Estatuto, tampoco encuentra la Corte la violación que exista, por el establecimiento de las tasas de que se viene hablando, del deber de velar por la moralidad, seguridad y salubridad públicas, en lo referente a las profesiones, pues con ello apenas se trata de garantizar al público consumidor que los productos han sido debidamente licenciados.

En conclusión, los preceptos acusados de la ley 98 de 1948 no quebrantan la Constitución y no encuentra la Corte que con el establecimiento de las contribuciones de que se viene hablando se hayan quebrantado tampoco otros preceptos del Estatuto Fundamental.

DECRETO NUMERO 3842 DE 1949, "por el cual se organiza la salubridad nacional", y DECRETO NUMERO 0690 DE 1950, "por el cual se fijan las tarifas de unas tasas y se establece el sistema de recaudo".

Ambos decretos fueron dictados en uso de las facultades extraordinarias que al Presidente de la República confiere el artículo 121 de la Constitución, y el demandante estima que los artículos 16º y 26º del decreto 3842 de 1949 y los artículos 1º, 2º, 3º y 4º del decreto 0690 de 1950 quebrantan el Estatuto Fundamental, disposiciones que conviene transcribir.

Decreto 3842 de 1949. "Artículo 16º. No se puede expender ningún producto o especialidad farmacéutica, cosmético y alimento patentado sin llevar adherido el sello de garantía de que trata el artículo 4º de la ley 98 de 1948".

"Artículo 26º. De acuerdo con el artículo 205 de la Constitución, el Presidente de la República queda facultado para poner en vigencia en cualquiler tiempo los impuestos creados por la ley 98 de 1948 y fijados por el presente Decreto, sin las limitaciones establecidas en el artículo 304 de la misma Constitución".

Decreto 0690 de 1950. Expresa en los considerandos que el numeral f) del artículo 2º de la ley 98 de 1948 "no fijó las tarifas de las tasas autorizadas, ni las modalidades de su recaudación", y que para "que pueda tener cumplida ejecución, es necesario llenar los vacíos anotados". Y los artículos acusados dicen así:

"**Artículo 1º.**—En adelante no podrán darse a la venta en el territorio de la República los medicamentos, alimentos y cosméticos, nacionales o extranjeros, licenciados, de que trata el Decreto número 2713 de 1947 y los que en el futuro necesiten de este requisito, sin llevar el sello de garantía a que se refiere este Decrto.

"**Artículo 2º.**—Los sellos de garantía que expida el Ministerio de Higiene, de acuerdo con las facultades que le confiere el artículo 4º de la ley 98 de 1948, tendrán por objeto garantizar al público consumidor que los productos que ostenten estos sellos han sido debidamente licenciados por el mencionado Ministerio. Esta garantía causará un derecho o tasa de diez centavos ($0.10) moneda corriente por unidad para los medicamentos y alimentos, y de veinticinco centavos ($0.25) moneda corriente por unidad, para los cosméticos. Este derecho o tasa se hará efectivo por medio de timbres especiales que indiquen su valor, y con una leyenda que diga: 'Salubridad - Sello de Garantía', que deberán ser adheridos a la caja o envoltura del respectivo producto o preparado.

"Se exceptúan de esta tasa las leches y los productos dietéticos licenciados que se destinan a reemplazar o complementar la alimentación de los lactantes.

"Para los efectos de este artículo y salvo lo

dispuesto en el siguiente, se entiende por unidad la cantidad mínima del producto licenciado que se ofrezca al público en ventas al detal y en envase original.

"**Artículo 3º.**—Los comprimidos, pastillas, obleas, cápsulas, grageas, píldoras, polvos, granulados u otros preparados semejantes que se vendan al público en empaques o sobres originales, pero cuyo contenido no exceda de diez (10) gramos o de dos unidades de la respectiva forma farmacéutica, causarán un derecho o tasa de diez centavos ($0.10) moneda corriente por cada veinte empaques o sobres.

"Los comprimidos, pastillas, obleas, cápsulas, grageas, píldoras u otros preparados semejantes no oficinales que se vendan al distribuidor para su expendio al público al detal y en envase no original, causarán un derecho o tasa de diez centavos ($0.10) por cada veinte (20) unidades del respectivo preparado. Cuando los productos de que trata este inciso sean oficinales, el derecho o tasa será de diez centavos ($0.10) moneda corriente, por cada cien (100) unidades de la respectiva forma farmacéutica.

"Las ampollas que se vendan al distribuidor para su expendio al público al detal y en empaque no original, causarán un derecho o tasa de diez centavos ($0.10) moneda corriente por cada diez (10) ampollas.

"Las pomadas o ungüentos u otros preparados semejantes que se vendan al público en envases originales cuyo contenido no exceda de veinte (20) gramos cada uno, causarán un derecho o tasa de diez centavos ($0.10) moneda corriente, por cada diez cajas o envases.

"Las pomadas, ungüentos u otros preparados semejantes que se vendan al distribuidor para su expendio al público al detal y en empaque no original, causarán un derecho o tasa de diez centavos ($0.10) moneda corriente, por cada doscientos (200) gramos o fracción.

"**Artículo 4º.**—El Gobierno, al reglamentar este Decreto, podrá dictar las medidas que estime oportunas para garantizar la efectividad de las tasas a que se refieren los artículos anteriores, respecto de las existencias en almacenes o en fábricas, y de los artículos que hayan llegado a puertos colombianos en la fecha en que entren a regir las tasas establecidas en este Decreto".

Dice el demandante que tales disposiciones son inconstitucionales, sea que se miren como reglamentarias de la ley 98 de 1948, sea que se miren como independientes, pues quebrantan los artículos 32, 76 (ordinal 15), 17 y 39 de la Carta, por las mismas razones expuestas para sostener la inexequibilidad de los artículos de la ley 98 de 1948. Al efecto, repite, ampliándolos un poco, los argumentos ya expuestos sucintamente en lo referente a estos preceptos de la ley.

Y termina su argumentación diciendo, en resumen, que los decretos fueron dictados en virtud de las facultades que la Constitución le concede al Presidente de la República en estado de sitio, por medio del artículo 121, pero que excedieron de la finalidad que el texto mismo del citado artículo contempla.

Se considera:

Respecto de estos decretos cabe decir que hay una temporal sustracción de materia para fallar: en cuanto a los artículos acusados del decreto número 0690 y al 16 del decreto número 3842, porque ellos hablan de los llamados "sellos de garantía", suprimidos por el decreto número 1927 de 1951; y en cuanto al artículo 26 del decreto número 3842, porque la facultad dada al Presidente de la República para poner en vigencia los impuestos antes del término marcado en el artículo 204 de la Carta, se refiere a los "fijados por el presente decreto" y esa fijación tampoco está vigente, porque fue sustituída por la realizada en el decreto 0690, en los artículos 5º y 6º, que no han sido objeto de cargos de inconstitucionalidad.

En consecuencia, debe la Corte inhibirse de resolver en el fondo por la aludida sustracción de materia.

En las discusiones que precedieron a este fallo, se sostuvo la tesis de que, habiendo sustracción de materia, debía, sin embargo, la Corte, hacer un estudio de fondo, cumpliendo así una especie de magisterio moral, sin efecto ciertamente en el caso **sub judice**, pero sí ejemplarizante para el futuro. Prevaleció, no obstante, la doctrina tradicional de que, no habiendo materia para fallar, no debía hacerse dicho estudio.

Que es doctrina tradicional lo acredita la consignada providencia de 30 de julio último, que dice así:

"La Corte, en jurisprudencia constante y reiterada ha decidido que esta corporación no puede pronunciarse sobre la inexequibilidad de leyes o decretos que hayan dejado de regir. La decisión sobre inexequibilidad no es otra cosa que la declaración jurisdiccional de que el acto acusado no puede ejecutarse por vulnerar o menoscabar la norma constitucional de superior jerarquía. Tal declaración, por consiguiente, supone la vigencia y operancia del decreto o ley inconstitucional, ya que el acto insubsistente, por el solo hecho de serlo, no es susceptible de ejecución.

La decisión de inexequibilidad se proyecta sobre el futuro y no sobre el pasado: en principio, ella no produce los efectos de una declaración de nulidad absoluta, sino los de una derogatoria de la norma acusada (Corte Plena, julio 12 de 1918, XXVI, 300; mayo 26 de 1923, XXX, 26; junio 21 de 1926, XXXII, 363; julio 25 de 1932, XXXIII, 121; julio 28 de 1935, XLII, 6; diciembre 6 de 1935, XLII, 295; septiembre 10 de 1940, XLIX, 810; diciembre 5 de 1940, L, 333; julio 23 de 1942, LIV, 1; febrero 10 de 1945, LVIII, 2; junio 10 de 1946, LX, 649; octubre 6 de 1947, LXII, 601; septiembre 3 de 1947, LXVIII, 2; noviembre 3 de 1950, LXVIII, 514 y 515; junio 26 de 1951, LXX, 1 y 2; septiembre 26 de 1951, LXX, 369; octubre 22 de 1954, LXXVIII, 841)". (G. J., tomo LXXX, número 2155, página 645).

Y en providencia de 27 de septiembre de 1948 expresó esta misma corporación que "las providencias judiciales no son discusiones académicas o exposiciones de carácter doctrinario y didáctico y, por consiguiente, las doctrinas que en ellas se sustentan o los considerandos jurídicos que en las mismas se hagan sólo deben servir de base para fundar las decisiones de la parte resolutiva, es decir, esas doctrinas y considerandos deben ser tan sólo parte integrante de la motivación del auto o sentencia, y nada más". (G. J. tomo LXV, números 2066-67, página 235).

Desde luego, no hay disposición constitucional ni legal que prohiba hacer en una sentencia toda clase de lucubraciones relacionadas con el problema que se contempla, pero el espíritu de los preceptos que señalan la forma y contenido de los fallos indica que éstos no deben salirse de los límites que su naturaleza misma impone. La misión de los jueces no es la de sentar cátedra de doctrinas, sino la de resolver las cuestiones sometidas a su estudio, de acuerdo con la Constitución y las leyes. Es obvio que, al sentar las premisas de sus decisiones, tienen que exponer doctrinas y, así. al llenar su misión esencial, cumplen esa jurisprudencial y de magisterio que se reclama.

Para que se vea que la afirmación que se ha hecho de que el espíritu de los preceptos que señalan la forma y contenido de los fallos indica que éstos no deben salirse de los límites que su naturaleza misma impone, se añaden ahora unas breves consideraciones sobre los artículos 214 y 163 de la Constitución.

El artículo 214 le ordena a la Corte decidir sobre la exequibilidad de las leyes y decretos allí señalados: si lo que se ordena es decidir si una ley o decreto quebranta el Estatuto, no estando vigente el precepto acusado no hay materia sobre la cual pueda recaer un fallo, salvo el de inhibirse por sustracción de la misma.

Y el artículo 163 establece que "toda sentencia deberá ser motivada", lo cual significa que los jueces deben, en toda sentencia, explicar las razones o motivos que han tenido para llegar a la decisión. Por eso toda sentencia tiene una parte motiva y una resolutiva, que forman una unidad, en que la segunda no es ni puede ser sino consecuencia de la primera. La parte resolutiva es la que vincula, o mejor, la que produce efectos en el mundo jurídico; por eso todo motivo que no vaya enderezado a la decisión, excede del ministerio encomendado al juzgador. En tal virtud, en un fallo se debe exponer todo lo necesario para la resolución final, pero nada más que lo necesario o conducente.

Finalmente, no sobra anotar el contrasentido que ofrecería una sentencia en que se hicieran consideraciones de fondo cuando no hay problema qué resolver o materia sobre la cual fallar. Exagerando la tesis y sus consecuencias, podrían acusarse como inconstitucionales preceptos derogados, con el fin de que la Corte hiciera un estudio académico que, en cualquier momento, pudiera servir de pauta doctrinaria, lo que, sin utilidad práctica del momento, ocasionaría una congestión tremenda en sus labores, con gravísimo perjuicio en el despacho de los asuntos.

Existen las cátedras de derecho y las academias de jurisprudencia, que son lugares indicados para la labor meramente abstracta de magisterio, pues los fallos judiciales no han de salirse de la órbita que les asignan los preceptos constitucionales y legales. Se olvida, de otro lado, lo apuntado anteriormente, a saber, que al cumplir la Corte su misión de guardián de la integridad de la Constitución, ha venido desarrollando ese magisterio moral y de enseñanza doctrinaria del derecho público: bastaría al efecto con presentar todas las doctrinas que desde el acto legislativo número 3 de 1910 se han sentado sobre casi todos los textos del Estatuto Fundamental.

Decreto número 1137 de 1950, "por el cual se reglamenta el recaudo de las tasas establecidas en el Decreto Legislativo número 690 de 1950".

En lo acusado de este decreto se establece: en los artículos 1º a 5º, que las tasas contempladas en el decreto 690 con el nombre de sellos de garantía, patentes de sanidad y carnets de sanidad, comenzarán a regir desde la incorporación de su estimativo en el presupuesto; por quiénes serán

recaudadas; que las ventas deben hacerse por medio de facturas, a las cuales deben adherirse los sellos, cuyo uso se especifica, so pena de considerarse como artículo de contrabando cuya venta se sanciona con multas y clausura del establecimiento; en el artículo 7º se ordena a los productores o fabricantes de los productos gravados enviar al Ministerio del ramo una relación de los productos fabricados o vendidos; en el 9º se dice quiénes imponen las sanciones; en el 10º se establecen multas en casos de irregularidades o fraudes no previstos en el mismo decreto; en el 15º se dispone que son aplicables a los medicamentos, alimentos y cosméticos licenciados de procedencia extranjera, los artículos 5º a 13º del decreto; y en el 16º dispone que quien tenga en su poder productos de los que se viene hablando (fabricante, productor, importador o expendedor) el 1º de abril de 1950, debe denunciarlos por escrito ante los administradores de hacienda.

Este decreto no fue dictado en virtud de las facultades extraordinarias del artículo 121 de la Constitución, o de estado de sitio, sino que, como su mismo encabezamiento lo dice, por medio de él se reglamenta el recaudo de las tasas establecidas en el decreto número 690 de 1950. Tanto es así, que no lleva la firma de todos los Ministros, como deben llevarla los decretos legislativos, según lo establece el inciso segundo del citado artículo.

En consecuencia, no siendo este decreto de los atribuídos al conocimiento de la Corte por el artículo 214 de la Constitución Nacional, carece de competencia para fallar sobre su exequibilidad y así debe declararse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional, y oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, **Declara:**

1º.—Son exequibles los artículos 2º y 3º de la Ley 98 de 1948, en cuanto hablan de las patentes, carnets de sanidad y estampillas de sanidad.

2º.—Se inhibe de fallar sobre los artículos 2º y 4º de la misma ley en cuanto habla de los sellos de garantía, 6º y 26º del decreto número 3842 de 1949 y 1º, 2º, 3º y 4º del decreto número 0690 de 1950; y,

3º.—Se abstiene de conocer de la acusación de los artículos 1º a 5º, 7º, 9º, 10º 15º y 16º del decreto número 1137 de 1950, por falta de competencia.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Luis Felipe Latorre U.—José J. Gómez R.—Manuel Barrera Parra.—Aníbal Cardoso Gaitán. Luis Enrique Cuervo Araoz.—Jesús Estrada Monsalve.—Ignacio Gómez Posse.—Agustín Gómez Prada.—José Hernández Arbeláez.—Ricardo Jordán Jiménez.—Julio Pardo Dávila.—Camilo Rincón Lara.—Domingo Sarasty Montenegro.—Luis Zafra.—Alberto Zuleta Angel.—Salvó el voto, **Gonzalo Vargas Rubiano,** Conjuez.—**Jorge Soto Soto,** Ofl. Mayor.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONJUEZ DOCTOR GONZALO VARGAS RUBIANO

Doctrina tradicional de la Corte sobre sustracción de materia.—Sentido y alcance de la tutela constitucional.—La Corte en los negocios de inexequibilidad no es un tribunal ordinario, sino un tribunal extraordinario de casación constitucional.—Magisterio moral de la Corte.—La tradición de los Estados Unidos de América.—Actitud dinámica de la Corte en defensa de la Constitución.

Si el salvar el voto en corporación tan docta como la Corte Suprema de Justicia constituye para quien lo hace en circunstancias normales, un grave problema espiritual, piénsese mi turbación en el presente caso en que me corresponde hacerlo cuando por primera oportunidad, enaltecido con la honrosa investidura de conjuez, me cabe en suerte intervenir en un negocio de Sala Plena. Nunca como ahora se me antoja tan arduo y erizado de dificultades el "sagrado derecho a disentir". Pero me veo precisado a hacerlo por tratarse de una tesis sobre la cual, no de ahora sino desde hace más de un lustro en mis meditaciones por razón de mi cátedra en los seculares claustros del Colegio del Rosario, he considerado de suma importancia, para el desarrollo perfectivo de nuestras instituciones, promover un cambio de rumbo en la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal.

En efecto:

Si desde el año de 1910 hasta hoy ha habido una doctrina constante de la Corte, sin una sola excepción ni un solo quiebre, ha sido la de proclamar la inhibitoria, por sustracción de materia, cuando quiera que la ley o el decreto extraordinario acusados en acción directa de inexequibilidad, han dejado de regir, bien por haber sido derogados, bien por haberse levantado el estado de sitio y dejado por ende de tener vigor los decretos extraordinarios que tuvieron su fuente en el artículo 121, bien por haberse cumplido a plenitud los fines perseguidos con el dictado de la norma acusada. Ha dicho la Corte desde entonces, y lo ha repetido hasta el cansancio cada vez que se replantea el caso, que en tal evento no cabe pronunciamiento a fondo, ya que el fallo carecería de operancia jurídica porque habría de recaer sobre la validez o invalidez de normas ya inexistentes, y por consiguiente ya no ejecutables. Y ha concluído la Corte con la declaración de inhibitoria por sustracción de materia.

Con todo el respeto que me merece, por razones obvias, la Corte Suprema de Justicia, no sólo en su composición actual sino en todos los tiempos para honor de Colombia, he llegado a la conclusión de que quizá aquélla cumpliría mejor su misión de guarda de la integridad del estatuto adoptando la tesis contraria, en fuerza de las argumentaciones que en seguida y someramente trataré de exponer.

Cuando el constituyente del año 10 confió a la Corte Suprema de Justicia la guarda de la integridad de la Constitución, no quería ciertamente expresar una afirmación literaria ni formular una frase retórica, sino cargar el acento, revestir de un tono especial la trascendencia de la misión confiada. Si la Asamblea Nacional Constituyente del año 10, como poder constituyente derivado, desaparecía una vez dictado el nuevo estatuto, no quería que éste, especialmente en punto de garantías sociales y libertades públicas, quedara al azar de las caprichosas y no siempre auténticas interpretaciones del legislador y del gobernante. No era un vano temor el suyo si se tiene en cuenta que el estatuto de 1886 —monumento jurídico de la más armoniosa arquitectura—, no había regido en su plenitud por razón de las disposiciones transitorias que lo emascularon, y entonces los abusos a que ellas dieron lugar determinaron dos guerras civiles, la separación de Panamá y la dictadura del Quinquenio.

Los patricios del año 10, fieles intérpretes del movimiento de conciliación nacional, conscientes de la tarea histórica de reconstrucción de las instituciones jurídicas —a cuyo sólo amparo pueden vivir en paz y en libertad los colombianos—, hicieron posible con las enmiendas acordadas la vigencia del estatuto de Caro. Pero dominados todavía con el temor de que los legisladores o los gobernantes del futuro pudieran violar la Constitución, crearon la jurisdicción constitucional al adoptar, en forma armónica, los proyectos elaborados respectivamente por los doctores Nicolás Esguerra y Hernando Holguín y Caro.

Y es bien sabido que desde entonces la cultura jurídica nacional se enorgullece de haber consagrado normativamente, quizá antes que cualquier otro pueblo, lo que llaman los tratadistas modernos el triple recurso, al sumar la acción y la excepción de inexequibilidad a la facultad para el ejecutivo de objetar la ley en proyecto por motivos de inconstitucionalidad, facultad que venía desde los prístinos textos de 86 también con la preciosa atribución para la Corte de dirimir, como cabeza de la tercera rama, el conflicto surgido entre los otros dos poderes.

Si el Constituyente del año 10, como poder constituyente derivado, repito, temió que al disolverse —ya agotada su función—, el estatuto por él adoptado con el consenso nacional y fruto de tan amarga y dolorosa experiencia, pudiese ser quebrantado por los legisladores o gobernantes del futuro, resolvió en su sabiduría encomendarle su guarda a un organismo permanente que, por la excelsitud de sus funciones, por su pericia en el manejo diario del derecho y por la serenidad de su espíritu modelado en el impartir cotidianamente la justicia, fuese la mejor garantía en el mantenimiento incólume de las normas superiores. Y escogió con sumo acierto a la Corte Suprema.

Vale la pena recordar, para subrayar la importancia de la misión atribuída a la Corte, dos cosas:

Cuando los revolucionarios franceses construyeron el nuevo orden jurídico expresado en los Códigos Napoleónicos Civil, de Comercio y Penal, tuvieron el temor de que los jueces ordinarios, labrados en la mentalidad del antiguo régimen romano-feudal, desvirtuaran la esencia y el sentido del derecho naciente, crearon el Tribunal de Casación, pero no como cabeza del llamado clásicamente poder judicial, sino como una prolongación del legislador para que a nombre de éste mantuviera intacto el imperio de la ley frente a las sentencias de los tribunales ordinarios. Le confiaron al Tribunal Extraordinario de Casación la guarda de la integridad de la ley revolucionaria.

Y con posterioridad al Acto Legislativo Colombiano número 3 de 1910, nuevos ordenamientos jurídicos como la Constitución Austriaca de 1920, elaborada por el genio de Kelsen, la Constitución Checoeslovaca del mismo año y la Constitución de la República Española surgida de la revolución de 1931—, con ignorancia de seguro del valioso antecedente nuestro—, consagraron la jurisdicción constitucional pero confiando la guarda de la ley de leyes a tribunales extraordinarios de garantías, y no a la Corte Suprema ordinaria como entre nosotros.

Con lo anterior quiero destacar que la Corte Suprema de Colombia cuando procede en guarda de la integridad de la Constitución, no es, no puede serlo, un simple tribunal ordinario. Su estirpe es de más encumbrada jerarquía: es una prolongación del constituyente derivado. De ahí se explica que tenga poderes suficientes para aniquilar o invalidar los actos del Congreso expresados en leyes, o los actos de los Gobernantes expresados en Decretos Extraordinarios que tienen la fuerza de leyes.

La Corte Suprema, cuando declara inexequible una ley o un decreto extraordinario, es superior a legisladores y gobernantes, actúa en ejercicio de poderes superlegales, es una emanación del constituyente y viene a ser como si éste, en su estado de latencia, se irguiera súbitamente para imponer el respeto a las normas superiores que él, en su hora, promulgó. Realiza, en consecuencia, una función equivalente a la que hizo en su tiempo en Francia el Tribunal Extraordinario de Casación en defensa de la ley sustantiva. Una labor que quizá no sería incorrecto llamar —como lo hizo esa gloria del foro nacional que es el doctor Miguel Moreno Jaramillo—, de **casación constitucional.** Si se casa la sentencia violatoria de la ley, se casa aquí la ley violatoria de la constitución. Y una labor equivalente a la que en el pasado realizaron la Alta Corte Constitucional, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Extraordinario de Garatías Constitucionales, respectivamente, en los extinguidos ordenamientos jurídicos austriaco, checoeslovaco y español.

Por manera que la guarda de la integridad del estatuto atribuído a la Corte, escapa, por la naturaleza misma de las cosas, al cuadro de sus atribuciones jurisdiccionales ordinarias. No es, no puede ser lo mismo, una decisión de la Corte sobre un litigio de filiación natural o sobre una disputa de aguas o sobre condenación de un reo a quince años de presidio, que cuando procede a calificar la exequibilidad de una ley o de un decreto extraordinario.

Las reflexiones anteriores culminan en que el rigorismo de la técnica procesal no puede predicarse, en mi concepto, con toda su severidad a las demandas y sentencias de inexequibilidad. Hay en juego en éstas valores mucho más altos a los simples que discurren en el proceso ordinario. Se trata de intereses que dicen relación a la preservación de nuestras instituciones, en lo

cual están vitalmente comprometidos trece millones de colombianos por un vínculo infrangible de solidaridad social. Por eso considero que a la Corte no le está vedado pronunciarse sobre si una norma legal o decretal ya inexistente, violó o no en su hora la superley.

Estimo de una incalculable trascendencia la repercusión de un fallo de esta índole, como una suerte de **magisterio moral** de la Corte en torno a la defensa de la integridad del estatuto. Sería un pronunciamiento moral, más que una simple decisión procesal. Si la ley o el decreto ya inexistentes, son considerados por la Corte como que estuvieron ajustados a los preceptos constitucionales, ello equivaldría a una **refrendación** moral de la conducta del legislador o del gobernante que los expidieron, y a dejar expedito el camino para que en lo futuro puedan dictar normas de igual linaje. Y, en cambio, —lo que considero más importante— si la decisión de la Corte es la de que la norma acusada quebrantó mientras rigió el precepto más valioso de nuestra jerarquía jurídica o de nuestra escala de normas, no solamente equivaldría a una censura moral para su autor —lo que no dejaría de tener significación—, sino algo más importante para la colectividad colombiana: una clara advertencia al príncipe legislador o al príncipe gobernante del mañana, acerca de que no pueden insistir en la expedición de un nuevo acto de tal naturaleza, porque la Corte habría de aniquilarlo. Aquí sí que cabría el pensamiento platónico, que se ha considerado como fuente de la justicia penal moderna: Nemo prudens punit, quia pecatum est, sed ne pecetur. Esa sola prevención para el príncipe del futuro, hecha por quien tiene el cuidado de la Constitución, tendría una inmensa significación moral y una indiscutible virtualidad práctica porque prevendría el quebranto de la Carta.

Es universalmente sabido que una de las más gloriosas tradiciones jurídicas de que se ufanan los Estados Unidos de América, desde la famosa decisión del Magistrado Marshall en el caso Marbury contra Madison hace siglo y medio, ha sido la de no aplicación de la ley, en un caso concreto, cuando aquélla pugna con una norma constitucional, origen de nuestro recurso de inaplicabilidad porque en ella se inspiró el proyecto Holguín y Caro. Que el Magistrado Marshall hizo una labor de jure condenando porque no había un texto positivo expreso que lo facultara para ello sino que se basó más bien en antecedentes de la Constitución de Filadelfia, con especialidad en los ensayos de Hamilton en El Federalista. Y que, no obstante que la decisión de la Corte Suprema Federal apenas tiene fuerza vinculante para las partes en litigio, inter partes, es tan poderosa la fuerza moral que en la gran nación estadinense tienen las sentencias de su tribunal supremo, que a pesar de no producir el fallo efectos erga omnnes, si aquella alta entidad considera en una especie judicial concreta que una ley viola la constitución, ello equivale en la práctica a la derogación de la ley. Tal así ha acontecido no hace mucho tiempo cuando la Corte invalidó leyes o decretos de emergencia sobre el New Deal, bajo la administración Roosevelt, o sobre la huelga siderúrgica, bajo la administración Truman.

Si sólo en función de la fuerza moral que emana de una sentencia por venir del máximo tribunal ocurre dicho fenómeno en los Estados Unidos de América, piénsese en lo que debe ocurrir entre nosotros que tenemos consagrado teóricamente el triple recurso, con toda su perfección técnica, lo que no acontece normativamente en el derecho estadinense.

Y además de ser, en la tesis que vengo sosteniendo, una clara advertencia para el futuro, llevaría la confianza a las gentes que verían una actitud dinámica de la Corte en la protección constitucional. Y nadie sería osado a sugerir siquiera que nuestro máximo tribunal soslayó, por inercia mental o por complacencia con el príncipe legislador o con el príncipe gobernante, la consumación de un agravio a nuestra ley de leyes. Porque siempre habría jueces en Berlín, como en la anécdota clásica del humilde labriego de Sans Souci enfrentado al poderío del Emperador de Prusia.

Es fácil imaginar la hipótesis de que un legislador o un gobernante, poco celoso de los fueros de la persona humana, puedan dictar una norma violatoria de las garantías sociales o de las libertades públicas, reposando tranquilamente en la convicción de que cuando alguien la acuse ante la Corte, o mejor aún cuando ésta se pronuncie, ya la finalidad concreta por aquellos perseguida se haya satisfecho con mengua de la superlegalidad constitucional. Entonces la declaración de incompetencia de la Corte equivaldría tácitamente a cohonestar el ejercicio desviado de la actividad legislativa o de la actividad gubernamental, con grave quebranto de la tutela constitucional. Porque, apenas habrá para qué advertirlo, resultaría insuficiente el solo mecanismo de la inaplicabilidad de la ley o del decreto, en el

ejemplo propuesto de un acto lesivo del Título III de la Constitución, o de las disposiciones referentes a la organización y marcha de los poderes públicos.

Una actitud vigilante y dinámica de la Corte, en la custodia del sagrado depósito que le fue confiado, la haría más prestigiosa aún en el consenso público y quizá renacería la abolida confianza en la seguridad del comercio jurídico, para bien de la comunidad.

Un eminente tratadista colombiano, el profesor López Michelsen, ha dicho con acierto que el recurso de inexequibilidad ante la Corte, sustituye o es el equivalente en los tiempos modernos de los clásicos derechos "de insurrección" o "de resistencia a la opresión". Certero concepto éste porque cuandoquiera que el legislador o el gobernante vulneran la Constitución, cualquier ciudadano, con un simple memorial elevado ante nuestra Suprema Corte, hace poner en marcha el mecanismo de la jurisdicción constitucional para obtener la aniquilación y el desaparecimiento de la escena jurídica de la norma lesiva de los intereses superiores.

He encontrado, y lo invoco como antecedente de mucho valor en pro de la tesis que sustento, un salvamento del entonces Magistrado, doctor José Antonio Montalvo, que corre publicado con la sentencia que lo motivó —de fecha 6 de diciembre de 1935—, en la GACETA JUDICIAL, Tomo LXII, número 1899, páginas 296 y siguientes.

El distinguido jurista establece tres hipótesis en punto a demandas de inexequibilidad: que se demande y falle durante la vigencia del acto acusado; que se demande durante su vigencia y se derogue antes del fallo, y que se demande estando ya derogado. Sobre la primera hipótesis no hay cuestión. Pero el doctor Montalvo considera que también es competente para conocer la Corte, y debe pronunciarse en las dos últimas hipótesis porque "la integridad de la Constitución sufrirá mengua si de hoy en adelante sigue rigiendo una ley o decreto inexequible; pero **sufrió** ya esa mengua si la ley o el decreto rigieron por algún tiempo. Y el hecho de que haya cesado la vigencia no purifica de la inexequibilidad el artículo de la ley o el decreto violatorio de la Constitución". Pensamiento que en su esencia haría mío, quizá cambiando la expresión inexequibilidad por inconstitucionalidad, porque es claro que una ley o decreto ya inexistentes no pueden ser inexequibles porque ya no se ejecutan, pero en cambio sí fueron o pudieron ser durante su vigencia inconstitucionales.

No puedo resistir a la tentación de transcribir otro pasaje esencial del mentado salvamento de voto:

"Podría acontecer, por ejemplo, que un gobierno dictase un decreto abiertamente inconstitucional; que obrando en virtud de tal decreto ejecutase un hecho antijurídico de grande importancia; y que una vez cumplido este hecho —que era el fin para el cual se había dictado el decreto inconstitucional—, se derogue el decreto, cuando haya servido ya al objeto propuesto, cuando haya surtido su efecto, pero antes de que contra él se alcance a presentar la demanda de inexequibilidad". "...tal situación antijurídica perdurará si la Corte insiste en que debe abstenerse de fallar acerca de la inexequibilidad del decreto por haber sido derogado. Parece inútil insistir sobre cuán grave sería esa consecuencia de la teoría de la Corte".

La tesis que vengo tratando de sostener es de por sí apasionante, porque relieva la significación que la jurisdicción constitucional tiene en un estado de derecho, ya que aquélla sólo tiene cabida y encuentra su ámbito propicio en un "sistema de leyes", como con intuición genial definió dicho estado de derecho el máximo prócer granadino.

Quiero suplicar a los señores Magistrados me dispensen la disidencia y este desmedrado salvamento. A su clara comprensión no se oculta, como lo expresé en las deliberaciones de la Sala, que no me mueve cosa distinta de hacer un modestísimo aporte a la revaluación de una doctrina que no por tradicional considero menos en desarmonía con la egregia atribución asignada por el Constituyente a lo Corte al confiarle el valioso depósito de las normas superiores.

Fecha ut supra.

Gonzalo Vargas Rubiano

LA CORTE SE ABSTIENE DE PROFERIR FALLO DE INEXEQUIBILIDAD O EXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 5º, 6º Y 7º DEL DECRETO LEGISLATIVO NUMERO 1037 DE 1951, POR NO ESTAR VIGENTES DICHAS NORMAS

La Corte encuentra que los artículos 5º, 6º y 7º del Decreto legislativo número 1037 de 1951 acusado de inconstitucional, pertenecen a un estatuto que ha dejado de regir porque tenía vigencia transitoria para los escrutinios de las elecciones siguientes a su fecha.

El escrutinio dispuesto en el Decreto acusado y las funciones de los congresistas elegidos conforme a ese sistema, han cesado en sus efectos y el Decreto tuvo una vigencia enteramente transitoria. Así se realiza el hecho previsto por constante jurisprudencia de la Corte, consistente en la sustracción de materia sobre la cual pueda recaer un pronunciamiento de inexequibilidad.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, doce de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo)

El Decreto legislativo número 1037 de 1951 dispuso en sus artículos 5º, 6º y 7º:

"Artículo 5º. En los escrutinios de las próximas elecciones de Senadores y Representantes se determinará en primer lugar el número de sufragios correspondientes a cada uno de los distintos partidos a nombre de los cuales se hayan inscrito listas, y se asignará la mayoría de las curules al partido que hubiere obtenido el mayor número de sufragios. El resto de las curules se adjudicará exclusivamente entre partidos distintos del que haya obtenido la mayoría, a razón de una curul por toda vez que los sufragios obtenidos por cada uno de esos partidos cubra el número de votos con que resulte elegido cada miembro de la mayoría, determinado ese número mediante la división del total de los votos consignados a favor del partido mayoritario por el número de curules asignadas a éste.

"Si los votos obtenidos por cada uno de los partidos distintos de aquel a que corresponda la mayoría no alcanzaren a cubrir el cuociente con que saliere elegido cada miembro de la mayoría, se asignará una curul a cada partido que haya alcanzado un número de sufragios superior a la mitad de dicho cuociente.

"Las curules que no alcancen a proveerse de acuerdo con lo dispuesto en este artículo, quedarán vacantes.

"Cuando se incluya el nombre de cualquiera de los partidos tradicionales de Colombia en la inscripción de una lista, ésta se considerará como perteneciente a tal partido tradicional, aun en el caso de que se acompañe con otras designaciones.

"Artículo 6º. Determinada en la forma que se indica en el artículo anterior la distribución entre los distintos partidos, de las curules que deban proveerse en la corporación a que se refiera la correspondiente elección, se procederá a determinar los nombres de las personas incluídas en las distintas listas que deban ocupar tales curules, de manera que se respete en su provisión la distribución de ellas entre los distintos partidos políticos, hecha conforme a las reglas precedentes, y el principio de que entre varias listas correspondientes a miembros de una misma colectividad política, se prefiere la que haya obtenido mayor número de votos, así como el orden de colocación de los nombres que la integran.

"Artículo 7º. Las personas elegidas de acuerdo con las normas que preceden integrarán la respectiva corporación para todos los efectos constitucionales y legales, con el carácter de únicos miembros de dichas corporaciones.

"Los suplentes que se elijan cuando a ello hubiere lugar sólo tendrán el carácter de miembros de la corporación mientras están en ejercicio de su cargo por falta de los principales elegidos".

El ciudadano colombiano y abogado inscrito doctor Carlos H. Pareja en libelo de 5 de noviembre de 1951 pidió que se declararan inexequibles las disposiciones transcritas y adujo diversos argumentos para sustentar su petición.

Al corrérsele traslado al señor Procurador General de la Nación éste expuso en su vista fiscal del 21 de junio de 1952 las razones que en su concepto justificaban la declaración de inexequibilidad de los dos primeros incisos del artículo 5º del Decreto acusado, así como el artículo

6º; y para declarar como exequibles el artículo 5º, en sus incisos 3º y 4º y el artículo 7º del mismo.

La Corte encuentra que las disposiciones acusadas pertenecen a un estatuto que ha dejado de regir porque tenía vigencia transitoria para los escrutinios de las elecciones siguientes a su fecha.

El escrutinio dispuesto en el Decreto acusado y las funciones de los congresistas elegidos conforme a ese sistema, han cesado en sus efectos y el Decreto tuvo una vigencia enteramente transitoria. Así se realiza el hecho previsto por constante jurisprudencia de la Corte, consistente en la sustracción de materia sobre la cual pueda recaer un pronunciamiento de inexequibilidad. Se está en presencia de un caso semejante al que contempló el fallo de esta Sala de fecha 15 de marzo último relativo a la acusación de inexequibilidad de la Ley 88 de 1948 sobre presupuesto para 1949. La doctrina allí sentada, ratifica la que invariablemente ha venido aplicándose y dice:

"La Corte no puede decidir de la exequibilidad o inexequibilidad de una ley (o de cualquiera otro estatuto acusable), cuando en el momento de proferir sentencia la norma acusada ha dejado de regir; porque como ocurre con la Ley de Presupuesto que es transitoria en su vigencia y rige sólo en el año para el cual es votada, ya ha pasado el tiempo de esa vigencia. En este caso no hay posibilidad de conflicto actual entre la norma acusada y la Constitución. No existe por lo mismo materia sobre la cual pueda recaer un pronunciamiento de inexequibilidad, porque la función sobre exequibilidad dada a la Corte por el artículo 214 de la Carta tiene interés en orden a la vigencia de las leyes en el futuro". (G. J. Nº 2151, pág. 652).

La situación que se contempla respecto de las disposiciones que son materia de la demanda y pertenecen al Decreto extraordinario número 1037 de 1951 no difiere de la que estudió la Corte respecto de la posible inexequibilidad de la Ley de Presupuesto para 1949: porque los escrutinios para las elecciones de congresistas en el año de 1951, solamente son aplicables a las elecciones que se cumplieron en dicho año, y en manera alguna pueden proyectarse aquellas disposiciones sobre las que posteriormente llegaren a efectuarse. Conclusión tanto más inobjetable cuanto que el Decreto acusado se expidió en uso de las facultades del artículo 121 de la Constitución, el cual permitió suspender para ese caso, las normas vigentes en materias de escrutinios, pero no las derogó.

Basta lo expuesto para que esta Corte en Sala Plena decida que debe abstenerse de proferir resolución de exequibilidad o inexequibilidad de las disposiciones a que se refiere la demanda, por no estar vigentes.

Publíquese, cópiese, notifíquese, comuníquese esta decisión al señor Ministro de Gobierno e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Luis Felipe Latorre.—Manuel Barrera Parra. Aníbal Cardoso Gaitán.—Luis Enrique Cuervo A. Jesús Estrada Monsalve.—Agustín Gómez Prada. José J. Gómez R.—Ignacio Gómez Posse.—José Hernández Arbeláez.—Ricardo Jordán Jiménez. Roberto Goenaga.—Julio Pardo Dávila.—Camilo Rincón Lara.—Domingo Sarasty Montenegro. Alberto Zuleta Angel.—Luis Zafra.—Jorge Soto, Secretario Encargado.

SALA DE CASACION CIVIL

ACCION RESOLUTORIA DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO POR VENCIMIENTO DEL TERMINO ESTIPULADO PARA SU DURACION

1.—El contrato de arrendamiento termina automáticamente por el vencimiento de término estipulado para su duración, pero si alguno de los contratantes desconoce el hecho, y por añadidura por causas que implican desplazamiento de la cuestión jurídica, una de las partes desconoce el fenómeno de que se trata, y surge la diferencia, discrepancia o controversia, alguien tiene que dirimirla; y ese alguien no puede ser otro que el Juez. No es que el contrato termine por lo que la justicia lo diga, sino que ésta sí tiene facultad para declarar si el contrato está o no terminado, cuando sobre este punto hay discrepancia entre las partes.

2.—El artículo 472 del Código Judicial es un precepto típicamente adjetivo o procesal, que se limita a hacer una indicación a los jueces y que no consagra derecho sustantivo alguno para las partes.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre 3 de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Felipe Latorre).

Procede hoy la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra el fallo de 19 de enero último, del Tribunal Superior de Ibagué, confirmatorio del pronunciado por el Juez 1º Civil del Circuito, en el juicio ordinario de Jacobina Varón contra Juan Gómez, sobre resolución o terminación de un contrato de arrendamiento, por vencimiento del término y falta de pago del canon en varios años.

Por su fidelidad con lo que aparece del proceso, se transcribe la parte expositiva de los antecedentes que trae en primer término la sentencia recurrida:

"El día 25 de mayo de 1940 Jacobina Varón y Juan Gómez, ambos mayores de edad y vecinos de Ibagué, suscribieron un contrato por medio del cual la primera dio en arrendamiento al segundo un lote de terreno o solar del que se dice propietaria, situado en el área urbana de la ciudad de Ibagué, en la calle 16 entre carreras 2ª y 3ª, comprendido dentro de los siguientes linderos: 'Por los costados orienta y norte, con solar y edificación pertenecientes a la Escuela de Artes y Oficios Femeniles (Orfelinato) a cargo de las Hermanas de la Presentación; por el occidente, calle 16 de por medio, con lote o solar perteneciente al doctor Mario Galindo; y por el sur, con edificaciones del doctor Juan C. Molina R.'

"Al aludido contrato pertenecen las siguientes cláusulas: a) Que el término de duración del arrendamiento es el de dos años contados a partir de la fecha de la respectiva convención; b) Que el precio del arrendamiento es la cantidad de $440 por las dos anualidades, pagaderos anticipadamente, y que la arrendadora declara tener recibidos en la siguiente forma: $200 en una pared de ladrillo que el arrendatario construyó hacia la calle 16 y en una instalación de acueducto costeada por el mismo, y $240 en dinero efectivo; c) Que al arrendatario le está prohibido continuar haciendo reparaciones, edificaciones o mejoras, las cuales, en caso de ejecutarse, no le serían reconocidas, pudiendo, eso sí, retirar al vencimiento del contrato todos los elementos que tenga en el inmueble y que no pertenezcan a la arrendadora; y d) Que el arrendatario se obliga a devolver el inmueble arrendado al vencimiento del plazo en el mismo estado en que lo recibió, salvo los deterioros provenientes del uso legítimo o de caso fortuito.

"En el contrato se expresa, además: a) Que la arrendadora es la propietaria del inmueble arrendado; b) Que por virtud de un contrato de arrendamiento concluído anteriormente de manera verbal, el arrendatario Gómez venía ocupándolo desde hacía dos años; c) Que durante el

expresado lapso construyó la pared e instaló el servicio de acueducto a que se ha hecho referencia; y d) Que tales mejoras quedan de propiedad de la arrendadora por virtud de lo estipulado en el contrato.

"El documento privado en que las anteriores declaraciones fueron hechas y se convinieron las estipulaciones referidas, aparece legalmente reconocido por sus otorgantes ante el Notario 2º del circuito de Ibagué".

Sobre estas bases y con relación de los perjuicios causados por el arrendatario, la arrendadora pidió, en resumen, que se declarara resuelto o resiliado (o como lo interpretó el Juez, **terminado**) el contrato, se condenara a Gómez a restituírle el predio con sus mejoras y a pagar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato.

Agotada la sustanciación de la primera instancia, el Juez le puso fin con el fallo condenatorio cuya parte resolutiva dice:

"Primero.—Declárase terminado el contrato de arrendamiento suscrito en esta ciudad en documento privado debidamente reconocido entre la señora Jacobina Varón, como arrendadora, y el señor Juan Gómez, como arrendatario, el veinte y cinco (25) de mayo de 1940, mediante el cual le daba la primera al segundo, o sea al señor Juan Gómez, a título de arrendamiento, un lote de terreno o solar ubicado en el área urbana de Ibagué, con mejoras, distinguido actualmente en una de sus puertas de entrada con el número 2-70 de la nomenclatura actual, situado en la calle 16, entre carreras 2ª y 3ª de esta ciudad y delimitado especialmente así: Por los costados orienta y norte con solar y edificación pertenecientes a la **Escuela de Artes y Oficios Femeniles** (Orfanato), a cargo de las Hermanas de la Presentación; por el occidente, calle 16 de por medio, con lote o solar perteneciente al doctor Mario Galindo, y por el sur, con edificaciones del doctor Juan C. Molina R., por el término de dos (2) años contados a partir del veinticinco de mayo de mil novecientos cuarenta (1940).

"Segundo.—Como consecuencia de la declaración anterior condénase al señor Juan Gómez, de las condiciones civiles ya expresadas, a hacerle entrega material del lote de terreno o solar y mejoras, por los linderos transcritos en el punto anterior, a la señora Jacobina Varón, tres días después de que quede ejecutoriada y en firme esta providencia.

"Tercero.—Condénase al señor Juan Gómez a pagarle a la señora Jacobina Varón, por concepto de lucro cesante ocasionado con la infracción del contrato de arrendamiento del lote de terreno o solar y mejoras de que trata el punto primero (1º) de la parte resolutiva de esta providencia, infracción a que ha dado lugar la no entrega oportuna del inmueble arrendado por parte del señor Juan Gómez, la suma de cinco mil trescientos ochenta y dos pesos, con treinta y tres centavos moneda corriente ($5.382.33) mcte.

"Cuarto.—Por ese mismo concepto el señor Juan Gómez pagará a la señora Jacobina Varón la suma de seiscientos noventa pesos ($690.00) m|cte. anuales, en que los señores peritos Vargas y Labrador Rivera se considera que avaluaron el disfrute u ocupación del lote o solar y mejoras de que trata el punto primero de la parte resolutiva de este fallo, según el artículo 721, 2º del C. Judicial, suma de dinero que el señor Juan Gómez pagará desde el día tres (3) de octubre del año de mil novecientos cincuenta y tres (1953) en adelante hasta cuando la entrega del inmueble se verifique.

"Cuarto.—(Sic). Por su parte, la señora Jacobina Varón pagará al señor Juan Gómez el valor de las mejoras puestas por éste en el inmueble puntualizado en el punto primero de la parte resolutiva de este fallo, pero, únicamente, las mejoras hechas con posterioridad el veinte y seis (26) de mayo del año de mil novecientos cuarenta y dos (1942).

"Quinto.—Queda a salvo a favor del señor Juan Gómez el derecho de retención a que pueda tener derecho según la ley.

"Son de cargo del demandado las costas del juicio, en la primera instancia".

Esta providencia fue, como ya se dijo, confirmada por el Tribunal por medio de la sentencia que ha subido a la Corte en casación.

EL RECURSO

Encabeza la acusación el recurrente con el concepto, en términos generales y abstractos, de que "la sentencia referida contraría la ley sustantiva por infracción de ella, directa, por no aplicación o aplicación indebida o interpretación errónea o apreciación equivocada o falta de apreciación de algunas de las pruebas, habiendo incurrido el Tribunal en error de hecho y de derecho que aparece de modo manifiesto en los autos".

Esta imputación global e imprecisa, de nada vale; pero, en seguida, en tres llamados **parágrafos**, ya concreta los cargos, así:

Parágrafo I.—"Señalo como violado por la sentencia recurrida, el 2º ordinal del artículo 2.008

del C. C. Igualmente señalo como violado el artículo 472 del C. J.

"Las disposiciones que cita este parágrafo, establecen, en su orden: Artículo 2008 del C. C. 'El arrendamiento de cosas expira de los mismos modos que los otros contratos, y especialmente: ....2º Por la expiración del tiempo estipulado para la duración del arriendo'. Artículo 472 del C. J. 'Los funcionarios del orden judicial, al proferir sus decisiones, deben tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva'.

"Como lo expresé ya, al hacer el resumen de los hechos, la demanda con que fue instaurado este juicio ordinario, pretende que, por sentencia judicial, se declare con posterioridad al año de 1952 la Terminación (la demanda la llama 'resolución' o 'resiliación') de un contrato de arrendamiento que dejó de existir, de acuerdo con la confesión de la misma demandante, desde el día 25 de mayo de 1942. La actora pretendía, de esa manera, que, sobre un contrato expirado, hacía más de diez años, y que, ella misma, afirma que no fue prorrogado tácita ni expresamente, ni fue tampoco renovado, se hiciera la declaración judicial destinada, no a registrar el hecho mismo de la inexistencia del contrato, sino a poner término a un contrato, existente hasta el momento mismo del pronunciamiento del fallo, por medio de la declaración judicial de terminación de él. Porque he entendido siempre, Honorables Magistrados, que la resiliación de un contrato no es la fría anotación de la expiración de él por vencimiento del término pactado para su duración, sino es, en aquellos contratos llamados de tracto sucesivo, la declaración de terminación de un contrato existente por causas, desde luego, adecuadas al efecto. Pretender darle vida a un acto muerto únicamente para que judicialmente se extienda la partida de defunción de aquél, es desconocer el objeto de los procedimientos judiciales para sustituír la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva, por procedimientos destinados únicamente al desconocimiento de aquéllos. No es posible declarar judicialmente la terminación del arrendamiento de cosas sino 'en los casos que la ley ha previsto' de acuerdo con el 4º ordinal del artículo 2.008 del C. C. Desconocer que el contrato expiró al expirar el tiempo estipulado para la duración de él, y pretender, en cambio, que 'su terminación' dependa de una sentencia, que solamente la puede declarar cuando el contrato existe todavía, y, únicamente, en aquellos casos que la ley ha previsto para esa forma de terminación de los contratos que la admiten, es pretender violar disposiciones sustantivas para producir, como corolario o, 'como consecuencia' de dicha violación, declaraciones u órdenes de entrega de un inmueble que no se puede reclamar por los trámites de una acción posesoria porque, en el más benigno de los casos, está prescrita esa clase de acciones, ni por la vía ordinaria porque la demandante no puede demostrar ni la posesión material ni el dominio de aquél".

Se ha transcrito totalmente el texto del cargo y el razonamiento que lo respalda, porque su sola lectura patentiza la ineptitud de la acusación. En efecto, si el recurrente conviene en que el contrato de arrendamiento termina por el vencimiento del término estipulado para su duración, no puede quejarse de que tal cosa se declare en el presente caso en que el arrendatario no niega que el término venció y no ha probado prórroga por ningún motivo. Es verdad que por tal causa el contrato finaliza automáticamente, pero si alguno de los contratantes desconoce el hecho, y por añadidura por causas que implican desplazamiento de la cuestión jurídica, como se verá al examinar el cargo expuesto en el parágrafo 2º, una de las partes desconoce el fenómeno de que se trata, y surge la diferencia, discrepancia o controversia, alguien tiene que dirimirla; y ese alguien no puede ser otro que el Juez. De manera que no es que el contrato termine por lo que la justicia lo diga, sino que ésta sí tiene facultad para declarar si el contrato está o no terminado, cuando sobre este punto hay discrepancia entre las partes.

Ahora, vistas las cosas por otro aspecto, si el Juez y el Tribunal entendieron que, no obstante los términos "resolución" y "resiliación" usados por la demandante, lo que en realidad quería o pretendía ésta era la declaración judicial de que el arrendamiento había terminado, al pronunciarse el Juez y el Tribunal en tal sentido, de estar equivocados, habría procedido no el cargo de violación directa del artículo 1008 del Código Civil, sino el de error de hecho en la interpretación de la demanda, cargo que no se ha formulado formalmente, y, aunque esa fuera la acusación, que no lo es, ni el error estaría demostrado, ni mucho menos con la característica de manifiesto.

Por último, la hipotética violación del artículo 472 del Código Judicial, es inepta en casación,

porque, de un lado, ese precepto es típicamente adjetivo o procesal, que se limita a hacer una indicación a los jueces pero no consagra derecho sustantivo alguno para las partes; y de otro, no aparece que el Tribunal lo haya desobedecido.

El cargo, en consecuencia, es inaceptable.

Parágrafo II.—Contiene el cargo de violación de los artículos 762, 777 y 2531 del Código Civil.

Con respecto al primero de tales preceptos, que se limita a definir la posesión, no dice el recurrente cómo y en qué sentido fue violado: si por falta de aplicación, o por aplicación indebida o por errónea interpretación. Se limita a sostener que con pruebas aducidas por el demandado se acredita que éste ha tenido en su poder el predio de que se trata, lo ha beneficiado como poseedor, ejecutando actos de tal, contra la voluntad de la demandante.

Nadie niega que Gómez ha tenido en su poder el inmueble, ha gozado de sus frutos, etc.; pero Gómez tampoco niega que hay un título de mera tenencia suscrito por él, que no ha sido desvirtuado de ninguna manera: el contrato de arrendamiento, aunque ahora se formule la alegación infantil de que la señora demandante engañó al señor demandado al hacerle firmar el documento. Un hombre de viveza suficiente para cambiar por sí y ante sí su calidad de tenedor por la de poseedor, es persona de alcance intelectual suficiente para no dejarse engañar por una mujer en la celebración de un contrato de arrendamiento, negocio tan simple, usual y generalizado, que lo conoce el más rústico de los campesinos.

Se queja el recurrente de que el Tribunal le atribuya a la actora la posesión del lote, por mala interpretación de las pruebas. No, el Tribunal no le atribuye la posesión a nadie, ni a la actora ni al demandado; entre otras cosas porque en este juicio no se controvierte ni posesión ni dominio. La cuestión no se puede desplazar del terreno jurídico donde se situó desde un principio al trabarse la **litis contestatio,** y que era el que le correspondía y dentro del cual, determinado por lindes infranqueables, podía moverse o agitarse el debate: el de acciones derivadas de un contrato de arrendamiento.

Por otra parte, la impugnación de haberse interpretado eróneamente las pruebas, es inepta, porque ni se determina la clase de error, si de hecho o de derecho, ni siquiera se mencionan en concreto las aludidas pruebas.

En lo que respecta a los artículos 777 y 2531 del Código Civil, la acusación se endereza a sostener que fue mal aplicado el 777 porque según el recurrente, ya no rige, conforme a las últimas doctrinas de la Corte, que con apoyo en el 2531, la simple tenencia si se puede transmutar o convertir en posesión por la sola voluntad y el solo dicho del tenedor. Esto no es así. El mismo recurrente hace referencia, en pasaje subrayado o destacado en mayúsculas, al "factor tiempo" para el evento de prescripción adquisitiva o **prescripción extraordinaria.** Para ese solo caso y para ese singular efecto del Código admite el cambio de tenencia simple por posesión. Para nada más. Y es manifiesto que en el actual litigio no juega para nada, ni se invoca, ni se alega el excepcional fenómeno de la prescripción extraordinaria.

El cargo, en tal virtud, es inadmisible por carecer en absoluto de fundamento serio.

Parágrafo III.—Dice el recurrente:

"Acuso, así mismo, la sentencia recurrida, de violación directa del artículo 984 del C. C.:

"La disposición del artículo 984, se encuentra concebida en estos términos: 'Todo el que violentamente ha sido despojado, sea de la posesión, sea de la mera tenencia, y que por poseer a nombre de otro, o por no haber poseído bastante tiempo, **o por otra causa cualquiera,** no pudiere instaurar acción posesoria, tendrá, sin embargo, derecho para que se restablezcan las cosas en el estado en que antes se hallaban' —dice el artículo citado— prescribe en seis meses".

"La demandante ha tratado de establecer la arbitrariedad como característica de la posesión material del demandado. El fallo recurrido parece aceptar las pretensiones de la demandante. Dentro de esa manera de actuar, el fallador viola la disposición que transcribo, ya que da vida a un derecho prescrito a favor de una persona que alega, para hacer uso de él, que por el insuceso de una acción de lanzamiento se incapacitó para hacer uso de la vía posesoria, en su propósito, dice ella, de recuperación de la tenencia".

Ya se observó, y esto es incuestionable, que aquí no se trata de una acción posesoria, ni de dominio, sino de otra, de muy diferente índole, encaminada, con base en un contrato de arrendamiento, a que se declare que éste finalizó por vencimiento del plazo de su duración y que el arrendatario debe restituír a la arrendadora la tenencia del predio arrendado y pagarle los perjuicios causados por la indebida retención y por falta de pago del canon de arrendamiento correspondiente al lapso de más de diez años de bene-

ficio o goce de la cosa arrendada; cosa distinta de la supuesta acción posesoria, porque ni ésta se ha ejercitado ni el demandado es poseedor sino detentador de un bien recibido a título de arrendamiento, título que no podía cambiar a su arbitrio.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, no casa la sentencia recurrida. Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA y devuélvase.

Luis Felipe Latorre.—Agustín Gómez Prada. Ignacio Gómez Posse.—Alberto Zuleta Angel. Ernesto Melendro Lugo, Srio.

ANTE LA CORTE, COMO TRIBUNAL DE CASACION, SE PUEDE DESISTIR DEL RECURSO CORRESPONDIENTE PERO NO DEL JUICIO PRINCIPAL

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, a siete de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Sustanciador: Dr. Alberto Zuleta Angel)

El señor Procurador General de la Nación y el doctor Marco Naranjo López solicitan que se declare terminado el juicio promovido por María Elena Salinas de Bautista y otros contra el Municipio de Bogotá, por haberse efectuado una transacción entre las partes, que consta en documento que acompañan.

Esta petición, estimada como desistimiento del juicio, no puede ser considerada por la Corte ya que ante ella sólo se puede desistir del recurso de casación, no del juicio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 461 del Código Judicial.

En providencia del 23 de noviembre de 1932, publicada en la GACETA JUDICIAL número 1892, pág. 22, expresó esta corporación: "De acuerdo con el artículo 461 del Código Judicial, las partes pueden, separada o conjuntamente, desistir del pleito, reconvención, incidente o recurso que haya propuesto, desistimiento que, como lo previene el inciso 2º de esa disposición, debe hacerse ante el juez que está conociendo del juicio, incidente o recurso de que se trate. La Corte —como es sabido— sólo conoce del recurso de casación y no del juicio; por consiguiente, ante ella apenas puede desistirse de este recurso. Fue ésta la doctrina constante de la Corte por mucho tiempo, cuando aún estaba vigente el Código Judicial adoptado por la ley 57 de 1887. Posteriormente modificó esa doctrina, permitiendo que ante ella pudiera desistirse, no sólo del recurso de casación que se hubiera concedido, sino también del juicio principal. Esta doctrina de la Corte no ha sido aceptada por el Código Judicial vigente, pues claramente expresa la disposición del artículo 461, que el desistimiento debe hacerse ante el juez que está conociendo del juicio, incidente o recurso de que se trata. Como la Corte sólo conoce del recurso de casación, no tiene ella jurisdicción, de conformidad con el citado artículo, para decretar la desistencia de la acción". Esta doctrina ha sido confirmada en decisiones posteriores.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, deniega la referida solicitud.

Cópiese y notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL.

Alberto Zuleta Angel — **Ignacio Gómez Posse. Agustín Gómez Prada**—**Luis F. Latorre U.**—**Ernesto Melendro L.**, Secretario.

DESISTIMIENTO DEL RECURSO DE CASACION

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, a diez de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, en memorial de fecha 9 del presente mes, manifiesta que en representación del Municipio de Bogotá, desiste del recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio promovido por María Elena Salinas de Bautista y otros, contra el Municipio de Bogotá, en virtud de haberse celebrado un contrato de transacción entre las partes.

Se considera:

a) Que el presente recurso de casación fue interpuesto por el señor representante del Municipio de Bogotá;

b) Que de acuerdo con la disposición del artículo 17 del Código Judicial, los Agentes del Ministerio Público pueden desistir de los recursos que interpongan;

c) Que, por otra parte, el contrato de transacción celebrado entre los demandantes y el Municipio de Bogotá consta en documento allegado a los autos; y como lo expresa el señor Procurador tal contrato contiene implícitamente la autorización para desistir del recurso;

d) Que, por lo tanto, es procedente lo solicitado.

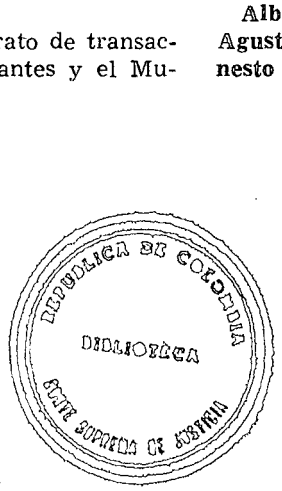
En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en sala de casación civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE:

Aceptar el desistimiento del recurso de casación interpuesto por el señor representante del Municipio de Bogotá, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario de María Elena Salinas de Bautista y otros contra el Municipio de Bogotá.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al tribunal de origen.

Alberto Zuleta Angel—Ignacio Gómez Posse. Agustín Gómez Prada—Luis F. Latorre U.—Ernesto Melendro L., Secretario.



ACCION SOBRE PAGO DE UNOS HONORARIOS PROFESIONALES. — ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE UN PERITAZGO

1. — La diferente apreciación a que una prueba pueda dar origen, cuando esa interpretación ha sido hecha razonablemente no constituye, no puede constituir el error de hecho.

2.—El recurrente dice que la remuneración legal es la usual a que se contrae el artículo 2184 del C. C.; ello no es exacto, porque la legal es la que señala un precepto positivo que no existe en relación con el mandatario o apoderado judicial. Si de acuerdo con el artículo 2143 ibidem la remuneración es determinada por convención de las partes, por la ley o por el Juez, síguese que en el caso en estudio esa remuración debe ser fijada por el Juez en defecto de la convencional y legal, y que la prueba pericial es la adecuada para determinar su monto.

3.—El trabajo pericial no obliga forzosamente la aceptación del Juez porque éste tiene un amplio campo de crítica dentro del cual puede actuar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre diez y ocho de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse)

Por recurso de casación interpuesto por las partes en el juicio, conoce la Corte de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín con fecha veinte (20) de enero de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), en el ordinario promovido por el doctor Aquileo Calle H. representado por apoderado, contra el señor José Domingo Garcés.

Antecedentes

En la demanda corregida se formularon los siguientes pedimentos:

Primero.—El demandado está obligado a pagarle al doctor Calle H. tres días después de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al juicio la suma de **treinta y cuatro mil pesos** ($ 34.000) previas deducciones de las sumas de **dos mil doscientos pesos** ($ 2.200.00) respectivamente como valor de los honorarios devengados por el expresado doctor Calle en los juicios de expropiación y de jurisdicción coactiva propuestos por el Municipio de Medellín contra el demandado señor Garcés.

Segundo.—Que si el demandado no acepta la fijación de honorarios que antecede, éstos sean tasados en legal forma por medio de peritos.

Tercero.—Que el demandado sea condenado al pago de intereses legales a contar del primero de agosto de mil novecientos cincuenta y uno (1951) sobre la suma que se fije como valor de honorarios y al pago de las costas procesales.

La larga enumeración de hechos que trae la demanda, la sintetiza el Tribunal así: "El doctor Aquileo Calle H. prestó servicios profesionales como abogado al señor José Domingo Garcés desde el año de 1946 en relación con una reclamación sobre impuesto de valorización con el cual había sido gravado el señor Garcés, motivado por la obra de la Avenida "Juan del Corral", trabajo por el cual el doctor Calle H. no recibió honorarios; posteriormente el mismo Calle H. prestó sus servicios al señor Garcés en una acción acumulada de jurisdicción coactiva (en el año de 1948) seguida por el Municipio de Medellín, atinente al cobro de un impuesto de valorización, caso en el cual se acumularon ocho juicios contra el mismo Garcés con un monto aproximado de **veinte mil pesos** ($ 20.000.00), acciones en las que el doctor Calle H. asistió a sus notificaciones, propuso incidentes de excepciones ante el Tribunal Administrativo de Medellín, al cual llevó pruebas y sustentó los medios exceptivos. Este proceso estuvo en el Consejo de Estado por apelación interpuesta por Garcés.

"Después de estas actuaciones el doctor Calle H. en los juicios acumulados aludidos, en mayo 19 de 1949 en que Garcés fue nuevamente ejecutado por la misma entidad distrital en siete jui-

cios que montaron a la suma de **cincuenta y dos mil pesos** ($ 52.000.00) también al mismo abogado le tocó gestionarlos.

"Esta acción está actualmente para sentencia en relación con un incidente de excepciones en el H. Tribunal administrativo de Medellín.

"Más adelante expresa el representante del doctor Calle H. que no obstante no referirse la demanda a los juicios por jurisdicción coactiva lo que más adelante modifica en cuanto a que sí se refiere a ellos, agrega que de éstos, sólo recibió la suma de **ochocientos pesos** ($ 800.00) así: seiscientos pesos del primer juicio acumulado y doscientos pesos ($ 200.00) del segundo.

"Los servicios profesionales prestados al señor Garcés y por consiguiente los más valiosos e importantes y que trajeron buen beneficio a éste, consistieron en las actuaciones verificadas en el juicio de expropiación que el Municipio de Medellín siguió a dicho señor y precisamente esta acción se relaciona con el cobro de gran parte de los honorarios por este concepto, pues los servicios profesionales allí prestados por el doctor Calle H. fueron de consideración y de una labor y esfuerzo que perduraron por un período de tres años.

"La acción expropiativa en referencia se ejerció con el fin de privar al señor Garcés de un lote de terreno de seis mil quinientas varas ubicado en el sector de Guayaquil de esta ciudad, lote que poseía un principio de edificación y que fue destinado a la construcción de la plaza 'La Libertad'.

Desde un principio fue la lucha en esta acción bastante reñida y sostenida por los litigantes y en ella el doctor Calle H. dio respuesta a la demanda en extenso memorial de agosto tres de 1948 oponiéndose a las pretensiones del Municipio, rechazando por consiguiente el precio de trece pesos la vara cuadrada ($ 13.00) que según concepto de peritos fue fijado.

"Dictada la providencia de expropiación en junio 30 de 1948, el proceso se tramitó legalmente; las partes nombraron sus peritos, recayendo dichos nombramientos en los señores Alberto Alvarez y Fernando González, éste por la parte demandada, el primero de los cuales justipreció la vara cuadrada a razón de **veinte pesos** m. l. y la construcción en **cuarenta y siete pesos** ($ 47.00), conviniendo luégo estos expertos en servirse del doctor Félix Mejía para que avaluara la construcción, lo que se hizo fijando la suma anterior, asesoramiento que se verificó a insinuación del doctor Calle H. Se fijó también como indemnización para la Sociedad 'Ingro' que ocupaba un local en el inmueble la cantidad de **dos mil pesos** ($ 2.000.00). El perito doctor González, apreció la vara a razón de **cuarenta pesos** m. l. y la edificación en **cuarenta y siete mil doscientos pesos** m. l. dando así la aceptación a la fijación hecha por el doctor Mejía Arango en la cual también se puso de acuerdo el experto nombrado por el Municipio, fijando asimismo otras indemnizaciones como fueron la relacionada con la suspensión de frutos, en diez mil pesos ($ 10.000.00), y al señor Antonio Arroyave y a la Fábrica de 'Ingro', por las sumas de **cuatro mil** y **dos mil pesos** respectivamente.

"Con este desacuerdo correspondió al Juez del conocimiento la regulación de la indemnización para lo cual tuvo en cuenta las razones aducidas por los peritos y demás elementos y pruebas allegados al proceso; de ello el Juzgado corrió el respectivo traslado a las partes, las que rechazaron los avalúos, presentado sus respectivos documentos.

"Por su parte, el apoderado de Garcés impugnó la pericia del señor Alvarez y a tal impugnación se acompañaron los documentos del caso tales como escrituras, acuerdos, etc., lo mismo que hizo el Municipio que pretendía establecer que él había ya adquirido las demás fajas aledañas, a excepción de la correspondiente al señor Garcés, con el fin de construir la plaza ya aludida, adquisiciones que oscilaron entre el precio de trece pesos y diez y siete pesos la vara cuadrada. El doctor Calle H. elaboró (fls. 62 a 68 del cuaderno principal) un escrito extenso en el que hizo una crítica pormenorizada a la que acompañó varias piezas y en ese estudio se insistía en la elevación del valor de la vara cuadrada del que habían fijado los peritos principales.

El Juez del conocimiento de ese negocio resolvió nombrar como peritos asesores a los doctores Carlos Augusto Agudelo y Octavio Ramírez Alvarez y así fue fijada judicialmente la indemnización: veintiocho pesos por la vara cuadrada y treinta y cinco pesos por la edificación, sin las demás indemnizaciones señaladas antes. Esta fijación totalizó la suma de **doscientos diez y siete mil ciento cuarenta pesos** ($ 217.140.00), pero el doctor Calle H. recurrió en alzada por motivos legales y el H. Tribunal Superior, revocó la providencia del **a quo** volviendo por consiguiente a este juicio, con el fin de hacer la nueva regulación hasta que el 16 de diciembre, el señor Juez la hizo así: **ciento sesenta y dos mil seiscientos**

veinticinco pesos ($ 162.625.00), valor del terreno computado a veinticinco pesos m. l. ($ 25.00), la vara cuadrada y cuarenta y siete mil doscientos pesos ($ 47.200.00) m. l. como valor de las edificaciones, y cuatro mil ciento treinta pesos m. l. ($ 4.130.00), por lucro cesante en razón de intereses, dando un total de **doscientos trece mil novecientos cincuenta y cinco pesos** moneda legal ($ 213.955.00).

"Ambas partes recurrieron en alzada de esta nueva regulación y el H. Tribunal decretó sobre el terreno una visita ocular. Este recurso fue sustentado también por el doctor Calle H. en otro memorial extenso y razonado y favoreció con ello los intereses del señor Garcés, porque en auto de noviembre 7 de 1950 fue fijada nuevamente la indemnización elevando el Tribunal ésta a veintiocho pesos m. l. ($ 28.00) la vara cuadrada y confirmando las demás prestaciones.

"No obstante haber sido favorable esta providencia, el doctor Calle H. formuló otro memorial por razones que detalla el punto onceavo, para los efectos del cobro de intereses.

"Así tiénese que observando bien las actuaciones y las respectivas providencias, la diferencia en favor del señor Garcés fue de diez y nueve mil quinientos quince pesos m. l. ($ 19.515.00).

"El juicio sostenido por el Municipio y el señor José Domingo Garcés debió haber tenido su fin inmediato una vez él hubiera vuelto al Juzgado y dictado el auto de 'Cúmplase', pero no sucedió así, ya que tal entidad no hizo la consignación de rigor, lo cual dio lugar a que se le requiriese y a sostener la tesis de que por haber dejado pasar al Municipio el término de un mes sin hacer el pago se declarara la caducidad del proceso por desistimiento del Distrito, lo que no fue aceptado por el Juez ni por el H. Tribunal. Al fin llegó el tiempo oportuno y la consignación fue hecha, recibiendo Garcés la no despreciable suma de **doscientos treinta y tres mil seiscientos cuarenta pesos** m. l. ($ 233.640.00), por dicha indemnización.

"El doctor Calle H. no hizo arreglo de honorarios con el señor Garcés por concepto de esta acción, no obstante éste sostenga lo contrario al afirmar que sí se verificó por la suma de **mil quinientos pesos** ($ 1.500). Lo mismo puede decirse sobre los juicios de jurisdicción coactiva. A cuenta del juicio de expropiación el abogado doctor Calle H. ha recibido de Garcés la suma de **dos mil pesos** ($ 2.000.00), pagados por contados de seiscientos pesos m. l., cuatrocientos pesos m. l. y dos de a quinientos pesos m. l. cada uno, aceptando no obstante cualquier otro comprobante demostrativo de sumas recibidas por el mismo concepto.

"El demandante ha propuesto varios arreglos al señor Garcés en cuanto a los honorarios, llegando hasta autorizarlo para que un abogado distinguido haga su fijación. También por vía de transacción el doctor Calle H. pasó una cuenta de honorarios por la suma de **cinco mil pesos** ($ 5.000.00), que fue rechazada por el demandado.

"En vista de la contumacia del señor Garcés para cubrirle el valor de los servicios profesionales al demandante es por lo que se ha establecido la presente acción, pues los servicios o trabajo prestado y el buen resultado de ellos, lo ha obligado a ello. Pues basta considerar los buenos resultados que saltan a la vista para que de un avalúo de trece pesos ($ 13.00) m. l. el señor Garcés recibió como precio a razón de veintiocho pesos ($ 28.00) m.. l. la vara cuadrada ,concepto de la expropiación y por la edificación la cantidad de **cuarenta y siete mil pesos** ($ 47.000.00).

"Corrido el traslado de conformidad con el artículo 739 del C. J. el señor Garcés nombró su apoderado, quien dio respuesta al libelo de demanda, admitió las gestiones hechas por el doctor Calle en los procesos anotados, advirtiendo que los juicios acumulados por la jurisdicción coactiva fueron convenidos los honorarios en la suma de **quinientos pesos** ($ 500.00) m. l., suma que fue cancelada, según recibo, en cuanto al proceso de expropiación dice el demandado, él fue convenido en la suma de **mil quinientos pesos** ($ 1.500.00) m. l., la que también le fue cancelada.

"No niega la labor desarrollada por el doctor Calle H. en todos los litigios; que el señor Garcés tiene por costumbre convenir el valor de los servicios prestados y que en esta forma lo hizo con el doctor Calle H. así; por los juicios acumulados, quinientos pesos m. l. y por la expropiación que le siguió el Municipio de Medellín, mil quinientos pesos m. l. que ya recibió dicho abogado; que si el señor Garcés rechazó unas cartas, era porque nada debía a su antiguo abogado".

Los fallos de instancia.

El Juzgado del Circuito puso fin al juicio por sentencia en que condenó al señor Garcés al pago de la suma de **doce mil cuatrocientos pesos** ($ 12.400.00) "como resto del valor de los honorarios correspondientes al mandato que le confirió

al doctor Aquileo Calle H."

El Tribunal en virtud de apelación reemplazó la sentencia del Juez **a quo** declarando que el demandado debía pagarle al actor los servicios profesionales a que alude la motivación del fallo y que el valor de tales honorarios "sólo se refiere a los servicios prestados por el doctor Calle H. a partir del 28 de abril de 1949". Dispuso que la regulación se hiciera de acuerdo con el procedimiento señalado por el artículo 553 del C. J., debiendo abonar la suma de **doscientos pesos** ($ 200.00) pagados por el señor Garcés al doctor Calle.

Fundamentación especial de ese fallo y motivo de intenso debate entre las partes fue la carta dirigida por el doctor Calle H. a José Domingo Garcés el 27 de abril de 1949 y que se inserta a continuación:

"Medellín, abril 27 de 1949. — Señor don José Domingo Garcés — Ciudad.—Muy apreciado don José Domingo: Cumpliendo sus deseos, que me han sido comunicados por el amigo señor Gutiérrez, me permito fijarle la cuantía de mis honorarios profesionales, **hasta la fecha** (subraya la Corte) como usted lo quiere, así: Por los servicios en el juicio de expropiación, advirtiendo a usted que éste todavía no ha terminado, en lo que atañe al juicio especial, porque el Juez 5º del Circuito en lo Civil no ha hecho todavía la nueva regulación ordenada por el Tribunal; y cuando sea hecha, seguramente el negocio tiene que volver al Tribunal ya por apelación interpuesta por usted, o ya por el Municipio, pesos mil quinientos ($ 1.500.00). Por el trabajo en los juicios ejecutivos de jurisdicción coactiva, los cuales están en conocimiento del Tribunal Seccional Administrativo de Medellín para sentencia de excepciones, pesos quinientos ($ 500.00). Informo a usted que en este negocio ya mi trabajo está cumplido. Al Tribunal le corresponde en primera instancia el incidente de excepciones y el fallo es apelable ante el Consejo de Estado en Bogotá, recurso que puede interponer cualquiera de las dos partes. Es claro que si le corresponde a usted apelar, porque la sentencia le sea desfavorable, es indispensable buscar abogado en Bogotá. Respecto a los honorarios del juicio de expropiación, los estimo módicos porque usted debe tener en cuenta que el Juzgado le señaló a los peritos un honorario de mil quinientos pesos ($ 1.500.00) a cada uno, como usted lo sabe... (Fdo.) Aquileo Calle H.",

El fallo da por sentado y en ello las partes convienen, que entre el doctor Calle H. y el señor Garcés existieron varios mandatos judiciales por diversos y cuantiosos negocios que Garcés tenía pendientes ante entidades jurisdiccionales de Medellín.

En relación con la carta que se ha transcrito el fallador dice: "El fundamento principal de la defensa lo constituye la carta de 27 de abril de 1949... Según se desprende del contexto anotado, el doctor Calle H. mediante esta misiva hizo oferta o declaración a su deudor en cuanto a la tasación misma del valor de dichos honorarios, atendiendo así al deseo que según dice le comunicó al señor Garcés. Para la Sala, el problema subjudice que debe investigar consiste en la averiguación en armonía con dicha carta, de si ésta implica una oferta de honorarios y si ella fue aceptada por el deudor expresa o tácitamente". El Tribunal rechaza la afirmación hecha por el Juzgado **a quo** de que, como la diligencia de absolución de posiciones rendida por el doctor Garcés y en que se reconoce la autenticidad de dicha carta, no fue firmada, esa carta no tiene ningún valor probatorio porque aquella diligencia es nula por la omisión en que se incurrió. El fallador manifiesta que la aludida carta se encuentra dentro del caso previsto por el artículo 645 del C. J. y que su autenticidad ha sido reconocida en el juicio, pues a ella hacen referencia ambas partes sin que se hubiera presentado tacha alguna contra ella.

Teniendo de presente ese documento privado, el Tribunal afirma que el demandado Garcés aceptó tácitamente la tasación de honorarios a que allí se alude y que, por lo tanto, ese convenio debe producir todas sus consecuencias legales.

El actor ha sostenido, por el contrario, que como no hubo aceptación de los honorarios en la forma que reza en la carta, el demandado debe ser condenado al pago de todos los honorarios cuyo valor resulta demostrado. El demandado, por su parte ha venido sosteniendo que la carta contiene una fijación definitiva del valor de los servicios profesionales prestados por el doctor Calle H. y que como pagó la suma que éste le exigió, nada debe por concepto de esos servicios.

Continúa exponiendo el Tribunal: "En cuanto a los resultados mismos de la carta contentiva de la oferta que hizo el doctor Calle H. al señor Garcés, el abogado del primero en su alegato se expresa así 'La carta en verdad fue escrita; y en verdad se habla en ella de las sumas de $ 1.500.00 y $ 500.00 pesos, advirtiendo expresamente en el

primer párrafo de tal carta, que esas sumas son 'honorarios profesionales hasta la fecha', 27 de abril de 1949; y teniéndose en cuenta, como lo tuvieron los señores peritos y el señor Juez en su sentencia que la suma de quinientos pesos, se refiere a honorarios de los primeros juicios de jurisdicción coactiva del Municipio de Medellín contra el demandado, y no a los segundos que son los cobrados precisamente en la reforma de la demanda; y con respecto al juicio de expropiación, la circunstancia de que a la fecha de la carta del 27 de abril de 1949 el dicho juicio apenas se estaba comenzando.

"Así la interpretación misma que le da el demandante, significa claramente que él, sí da por ajustado el convenio adicional y parcial de honorarios, pues la aspiración se concreta al cobro de los segundos juicios incoados por jurisdicción coactiva, y como el pago necesariamente implica ejecución del pacto porque él guarda una relación directa con la oferta que se hizo precisamente porque después de ella vino el pago de los diferentes contados, hasta completar la cantidad de **dos mil pesos** ($ 2.000.00) m. l., fijada en la carta de abril 27 de 1949, lo cual significa que sí hubo una aceptación tácita al respecto.

"Ajustado así el convenio de honorarios claramente determinado hasta la fecha o sea, hasta el veintisiete de abril de 1949, es evidente que los causados de allí en adelante y no pagados aún, deban reconocerse en la sentencia que habrá de dictarse, pues las otras cartas que figuran en las pruebas aportadas y los recibos constadores del pago por igual suma de **dos mil pesos** ($ 2.000), así lo determinan.

"Concluyendo así en cuanto al convenio de honorarios en forma como ya se vio, es preciso a continuación averiguar la comprensión misma de esos honorarios en cuanto a los juicios a que corresponden.

"En efecto, dice el doctor Calle H. en la carta ya citada y en la que fija como monto del valor de sus servicios por los juicios acumulados de jurisdicción coactiva, la suma de **quinientos pesos** ($ 500.00), que tales negocios se hallaban en el Tribunal Administrativo de esta ciudad y que estaban para resolver unas excepciones en incidente en el cual recurrió el mismo señor Garcés.

"De acuerdo con esta constancia, se trajo una certificación que como ya se vio, fue expedida por la tesorería de Rentas del Distrito en que se relaciona sobre la actuación del doctor Calle H. en los juicios acumulados que lo fueron en mayo 19 de 1949.

"Más adelante figura la otra certificación relativa a otros juicios acumulados de la misma índole y seguidos por el mismo Municipio de Medellín, contra el señor Garcés, en número de siete, acumulación que se llevó a efecto en mayo 20 de 1949.

"Así las cosas, es evidente que cuando se expidió recibo por la suma de quinientos pesos m. l. (o se giró la letra de cambio para este pago), este proceso ya se había terminado, quedando por consiguiente los demás negocios coactivos; y así se tiene claramente que el convenio de honorarios no pudo comprender estos juicios, que fueron propuestos posteriormente, con lo cual se deduce claramente que los servicios prestados por concepto de los juicios acumulados en mayo de 1949 se deben en su totalidad al doctor Calle H. pues de las demás cartas escritas por este abogado no dan margen alguno para sacar otra deducción al respecto, ni mucho menos en cuanto al pago total del honorario devengado por el proceso de expropiación y nada concluyente se extrae de la prueba testimonial.

"Obsérvese que los peritos que dictaminaron sobre el valor de los honorarios no excluyeron de él, los siete juicios acumulados en mayo 20 de 1948, razón por la cual también debe reformarse la sentencia recurrida.

"Y de esta manera, queda pues, determinado que los juicios acumulados por jurisdicción coactiva y propuestos además después del 19 de mayo de 1949, son los que se deben tener presentes en el momento de verificarse la liquidación definitiva de los honorarios que aún se deben".

Demandas de casación

Por razón de método se empieza por estudiar la demanda propuesta por el apoderado del señor Garcés:

Se ataca la sentencia por la causal 1ª "que alego en primer término, dice el recurrente, y está configurada por el hecho de que a la prueba plena de la fijación convencional de honorarios y su cuantía no se le dio el valor inherente que es el expresado en el artículo 637 del C. J. por ser documentos que obran en el juicio sin ser redargüídos de falsos.... La errónea apreciación de esa prueba produjo como consecuencia la violación de una norma legal positiva que es la contenida en el artículo 2143 del C. C. cuyo texto dice: 'el mandato puede ser gratuito o remunerado. La remuneración es determinada por con-

vención de las partes, antes o después del contrato, por la ley o por el Juez".

El recurrente estima que el Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto al apreciar indebidamente la carta de abril 27 de 1949, transcrita anteriormente, y la de abril 17 de 1951 porque en esos instrumentos se fijaron convencionalmente los honorarios profesionales del doctor Calle que fueron pagados en su totalidad.

La Corte considera:

De manera expresa el doctor Calle determinó su pensamiento en el primer párrafo de la referida misiva de abril 27 cuando fijó sus honorarios **hasta la fecha de la carta,** es decir, que los servicios que continuara prestando posteriormente no quedaban comprendidos dentro de esa regulación parcial. Y el error de hecho alegado tampoco puede deducirse "de manera manifiesta" del contenido de la carta de abril 17 de 1951 en donde Calle le pide a Garcés la suma de **mil cuatrocientos pesos** ($ 1.400.00) para completar la suma de **dos mil pesos** ($ 2.000.00). De esto no puede inferirse, sin lugar a duda, que el doctor Calle hubiera aceptado que el valor total de los honorarios por sus servicios en todos los juicios en que representaba al demandado, fuera únicamente aquella suma. El error de hecho para que pueda ser aceptable en casación, ha dicho la Corte reiteradamente, ha de ser de tal naturaleza que se ofrezca en forma evidente es decir, que excluya toda posibilidad de duda. La diferente apreciación a que una prueba pueda dar origen, cuando esa interpretación ha sido hecha razonablemente no constituye, no puede constituir el error de hecho.

La Corte acepta, pues, los conceptos expuestos por el fallador sobre esta cuestión; consecuencialmente no se admite el cargo.

En otro aparte de la demanda de casación, facturada con prescindencia por lo dispuesto por el artículo 531 del C. J. el recurrente dice: "Dejo así planteado el segundo cargo contra el fallo proferido por el Tribunal. Su sustentación no requiere mayores esfuerzos porque la infracción a la norma, emanada en un manifiesto error de derecho, salta a la vista: En efecto, si el Tribunal hubiera encontrado que no existía remuneración estipulada, debió haber condenado a la usual y en el caso de que las probanzas no arrojaran elementos suficientes para determinar la última, se imponía la absolución del demandado por falta de pruebas, pero en ningún caso podía el Tribunal echar mano de un procedimiento inaplicable, establecido para la liquidación de condenas que, por su misma índole, no son susceptibles de concreción en guarismo".

El recurrente critica el que el Tribunal le hubiera dado aplicación al artículo 553 del C. J. porque ese trámite "está consagrado exclusivamente para verificar la liquidación de perjuicios, frutos u otra semejante, o sea, indemnizaciones procedentes de una responsabilidad contractual o extracontractual, pero en ningún caso puede aplicarse dicha norma para la fijación de prestaciones que debieron quedar fijadas en el mismo acto de voluntad que dio origen al contrato". Agrega que el Tribunal violó el artículo 2184 del C. C. "porque no condenó ni a remuneración estipulada... ni a la remuneración usual que nunca se probó, ni determinó el valor de los honorarios a su arbitrio, sino que remitió a las partes el procedimiento del artículo 553 del C. J. inaplicable e inoperante en este caso, lo que constituye el segundo cargo de casación...". Concluye afirmando que la sentencia violó los artículos 2143 y 2546 del C. C., "violación producida por errónea apreciación y falta de apreciación de las pruebas, habiendo incurrido en errores de hecho y de derecho que aparecen de manifiesto en los autos".

La Corte considera:

Es equivocada la apreciación del recurrente: El Tribunal sí aplicó bien el artículo 553 del C. J. Aceptado el derecho que tiene el doctor Calle para que le sean pagados sus honorarios profesionales, según lo que adelante se expondrá, el procedimiento para fijar el quantum es el indicado por la citada disposición; sería aberrante que acreditado el derecho hubiera que absolver al reo, como lo pretende el recurrente, porque no apareció demostrado concretamente el valor numérico de la condena.

El recurrente dice que la remuneración legal es la usual a que se contrae el artículo 2184 del C. C.; ello no es exacto, porque la legal es la que señala un precepto positivo que no existe en relación con el mandatario o apoderado judicial. Si de acuerdo con el artículo 2143 ibidem la remuneración es determinada por convención de las partes, por la ley o por el Juez, síguese que en el caso presente esa remuneración debe ser fijada por el Juez en defecto de la convencional y legal, y que la prueba pericial es la adecuada para determinar su monto.

No es válido el cargo de que como de acuerdo con el numeral 3º del artículo 2184 del C. C. el

mandante es obligado a pagarle al mandatario la remuneración estipulada o usual, para determinar esta última no es idónea la prueba de peritos sino la múltiple testimonial a que alude el artículo 700 del C. J., porque la costumbre o uso de pagarle al apoderado judicial sus emolumentos no es una cuestión que se haya discutido; por el contrario, las partes lo han aceptado y sólo discuten el valor de los honorarios.

En este alegato de instancia con pretensiones de demanda de casación, el recurrente también se refiere a que la carta del 27 de abril de 1949 incluye, por la suma de **quinientos pesos** ($ 500), todo el valor de los servicios prestados por el doctor Calle en los juicios por jurisdicción coactiva. Esa afirmación la contradice la verdad del juicio, porque la carta expresamente se refiere a los juicios que se encontraban por aquella fecha en conocimiento del Tribunal Administrativo de Medellín y los siete juicios a que se refiere el peritazgo fueron acumulados en mayo de 1949 y en ese mes fue iniciado contra el señor Garcés y por el Municipio de Medellín un juicio por cuantía de **treinta y tres mil ochocientos pesos** ($ 33.800.00). Luego la carta no podía referirse sino a los ocho juicios ejecutivos que acumuladamente venían tramitándose desde época anterior.

No se encuentra razón, ni el recurrente la explica, de por qué con la sentencia se ha violado el artículo 1546 del C. C.

La Corte ha hecho el análisis que precede aun cuando bien hubiera podido rechazar de plano el cargo porque se formula por infracción directa de disposiciones sustantivas, cuando es lo cierto que esa infracción, en el supuesto de que existiera, no podría presentarse sino en forma indirecta al través o como consecuencia de los errores de hecho y de derecho a que se refiere el recurrente.

No se acepta el cargo.

La demanda de casación del actor recurrente

Por la causal 1ª del artículo 520 del C. J. "acuso el fallo recurrido como violatorio que es de la ley sustantiva por infracción de la misma, aplicación indebida y errónea interpretación de las pruebas que aparecen de modo manifiesto en los autos", dice el recurrente.

En este escrito, un tanto difuso, se pueden concretar dos cargos contra la sentencia:

Primero.—Que hubo error de hecho en la apreciación de la carta del 27 de abril de 1949, en cuanto el fallador estimó que la oferta hecha por el doctor Calle había sido aceptada tácitamente por el señor Garcés, cuando según el actor esa propuesta no fue aceptada ni expresa ni tácitamente, y que, por lo tanto no se creó ningún vínculo jurídico que obligara a aceptar la tasación de honorarios previos hecha en esa misiva. Según esto el valor de los honorarios objeto del juicio deben ser regulados prescindiendo de la carta aludida, tomando en consideración los abonos hechos por el señor Garcés únicamente para deducirlos del monto total en que fueren fijados esos honorarios.

La Corte observa:

La apreciación hecha por el Tribunal en modo alguno puede considerarse como afectada de un error de hecho que aparezca de manera manifiesta. Por el contrario, la aceptación tácita hecha por Garcés se deduce del mismo historial que anota el proceso y nada demuestra que él hubiera rechazado esa regulación que cubrió con las sumas entregadas al doctor Calle, quien continuó gozando de la confianza de su mandante en el ejercicio de la representación judicial en los varios juicios que tenía pendientes. Lo que sí debe relievarse es que la apreciación hecha por el fallador de que los honorarios fijados por el doctor Calle se entendían únicamente por sus servicios hasta el día de la fecha de la carta, es una apreciación que se deduce del texto mismo de ese documento.

Se rechaza el cargo.

Segundo.—En uno de los apartes de este ataque, formulado también con falta de orden, dice el recurrente: "Siguiendo el pensamiento del Tribunal y su planteamiento con la aceptación errónea del contrato tácito, sólo pudo condenar en abstracto, con referencia al juicio de expropiación, a partir del 28 de abril de 1949, ya que el dictamen sí se refiere a todo ese juicio y no a la parte de gestiones que se comprenden desde abril 27 de 1949, hasta agosto 2 de 1951. Pero aún así, habría base para la condenación en concreto también sobre ese juicio de expropiación. Los peritos señalan para todo él **diez y ocho mil pesos** ($ 18.000.00); el Tribunal acepta **mil quinientos pesos** ($ 1.500.00) como pactados hasta abril 27 de 1949. Restando esa cantidad, del valor total pudo condenar al saldo de **diez y seis mil quinientos pesos** ($ 16.500.00) y tampoco lo hizo, por prescindencia de apreciar esos hechos,

vale decir, errores de hecho, dentro de lo que aparece en el expediente, y por causa de esos errores, violación de las normas legales sustantivas a que me he referido en este libelo o sean especialmente los artículos 553, 721 y 722 del C. J. y artículos 2143, 2144 del C. C.".

Para fundamentar el cargo el recurrente hace un análisis del dictamen pericial que obra en juicio rendido por profesionales del derecho, experticio producido con las exigencias de rigor, y es objeto de su crítica la afirmación del Tribunal que dice: "Obsérvese que los peritos que dictaminaron sobre el valor de los honorarios no excluyeron de él, los siete juicios acumulados en mayo 20 de 1948, razón ésta por la cual también debe reformarse la sentencia recurrida". En este aspecto el recurrente expone: "En esto hay otro error de hecho, pues el dictamen contempla separadamente, exclusivamente, lo tocante al tal juicio ejecutivo, aparte del de expropiación y sin tener en cuenta el primer juicio ejecutivo de 1948. Por separado hace el avalúo de **tres mil pesos** ($ 3.000.00) para dicho juicio y al folio 59 y vuelto del cuaderno 2º enumera los juicios acumulados, la cuantía de ellos y agrega (sic) que son los contenidos en la demanda y ésta no se refiere a los acumulados por **trece mil quinientos ochenta y nueve con noventa y cuatro centavos** ($ 13.589.-94) sino a los acumulados por **cincuenta y tres mil seiscientos cuarenta y dos con treinta y siete centavos** ($ 53.642.37) y que a la fecha de la demanda y del dictamen se encontraban en el Tribunal Administrativo... De manera que aceptando el Tribunal que ese segundo juicio no se comprende en la carta del 27 de abril y siendo un hecho que en el dictamen se señalan honorarios por **tres mil pesos** ($ 3.000.00) de lo cual prescindió el fallador, es claro que por ese aspecto parcial también se violó el art. 721 y el 722 del C. J. que debió aplicarse, y que en relación con el 2144 del C. C. también violados habían dado base para condenar en concreto al pago de los honorarios sin atenerse posteriormente al artículo 553 del C. J. como lo ordena el fallo recurrido en forma general".

La Corte considera:

El dictamen de los expertos, abogados doctores Mariano Sanín T. y Luis Javier Velásquez M. que en forma unánime y luégo de un estudio detenido "de los diversos negocios judiciales encomendados al cuidado del doctor Calle por el señor José Domingo Garcés" que singularizan en su trabajo, conceptúan que el valor de los honorarios profesionales "es" la cantidad de **veintiún mil pesos** ($ 21.000.00) discriminados en la siguiente forma: Por los juicios seguidos por el Municipio de Medellín por jurisdicción coactiva, contra el mismo señor Garcés, la cantidad de **tres mil pesos** ($ 3.000.00) y por concepto de honorarios relativos al juicio de expropiación del mismo municipio contra el señor José Domingo Garcés la suma de **diez y ocho mil pesos** ($ 18.000.00). Este concepto fue fechado el 20 de marzo de 1952, y en posteriores escritos fueron resueltas las dudas presentadas por los interesados habiendo declarado el Juez **a quo** no demostradas las objeciones formuladas por el apoderado del señor Garcés en auto del doce de septiembre de ese año que mereció la confirmación del Superior.

En escrito de abril 29 los peritos resolvieron la aclaración propuesta por el apoderado del actor en el juicio, diciendo: "Efectivamente, el valor de **tres mil pesos** ($ 3.000.00) en que valuamos los servicios del doctor Calle, en relación con los juicios, por jurisdicción coactiva en que tenía interés como demandado, el señor Garcés se refiere sólo a los primeros siete juicios, allí enumerados y que, para mayor claridad, reproducimos su relación...". Los expertos enumeran los referidos siete juicios acumulados con posterioridad a la carta de abril de 1949 y a los cuales no podía referirse esta pieza, pues sólo ella habla de fijar los honorarios de los que se encontraban al conocimiento del Tribunal Seccional Administrativo de Medellín en la fecha de la carta. Esos juicios en los cuales señalaron como valor de honorarios **tres mil pesos** ($ 3.000.00), montan en total la suma de **cincuenta y tres mil seiscientos cuarenta y dos pesos con treinta y siete centavos** ($ 53.642.37). Los peritos sobre esta cuestión fueron muy categóricos cuando expusieron: "Hemos dicho que el avalúo de **tres mil pesos** ($ 3.000.00) que dimos al trabajo del doctor Calle, en relación con los juicios de jurisdicción coactiva seguidos contra el señor Garcés, se refiere sólo a los siete juicios que hemos enumerado, porque ellos son los que están pendientes para decisión judicial. Si nuestro avalúo se hubiere extendido a todos los juicios que enumeramos en nuestro dictamen, y que asciende al número de quince, es claro que hubiéramos fijado una cantidad de dinero superior a la expresada de **tres mil pesos** ($ 3.000.00) por los honorarios del doctor Calle. Pero, nos concretamos a justipreciar el valor del trabajo del doctor Calle, con relación a los siete juicios enumerados atendiendo al

texto del cuestionario formulado por el doctor Alfonso Palacios C. el 30 de octubre de 1951, y al texto de la demanda formulada por el mismo con fecha 1º de septiembre de 1951".

Claro está, pues, que en el dictamen fueron avaluados exclusivamente los honorarios en los juicios por jurisdicción coactiva acumulados con posterioridad a la fecha de la carta, uno de ellos, iniciado el 19 de mayo de 1949 por **treinta y tres mil ochocientos pesos** ($ 33.800.00) con intereses al doce por ciento (12 %) anual. Y siendo esto exacto, dedúcese que el Tribunal incurrió en error de hecho cuando declaró en la parte motiva de la sentencia que los peritos no excluyeron del dictamen los siete juicios acumulados en mayo de 1949 disponiendo consecuencialmente, que esos honorarios fueran fijados también de acuerdo con los trámites del artículo 553 del C. J.

En relación con los honorarios fijados por los peritos en el juicio de expropiación, ellos se refirieron a todo el juicio, sin que se sepa qué valor tienen los servicios profesionales prestados por el doctor Calle con posterioridad al 27 de abril de 1949 que son los que han debido fijar los expertos dándole a la carta que se ha cuestionado el valor probatorio que le otorgó el Tribunal y que la Corte acepta. El actor en el juicio fijó el valor de sus honorarios **hasta esa fecha** en la suma de **mil quinientos pesos** ($ 1.500.00); y no habiendo sido justipreciados los correspondientes actuaciones posteriores, síguese que es absolutamente conforme a la ley la providencia del Tribunal en cuanto dispuso que para tal efecto se cumpliera el procedimiento del citado artículo 553.

De acuerdo con lo expuesto, la sentencia recurrida debe ser CASADA, y en efecto se casa, en virtud del error de hecho en que incurrió el Tribunal al apreciar el peritazgo con relación a los honorarios de los juicios por jurisdicción coactiva.

Fallo de instancia

El Juzgado 1º del Circuito de Medellín en su sentencia declaró que el señor José Domingo Garcés "debe al doctor Aquileo Calle H. como resto del valor de los honorarios correspondientes al mandato que le confirió para representarlo en los juicios de jurisdicción coactiva y de expropiación seguidos por el Municipio de Medellín la cantidad de **doce mil cuatrocientos pesos** ($ 12.400.00) debiendo pagar intereses legales de esa suma a partir del 1º de agosto de 1951".

Para llegar a este resultado hizo las siguientes consideraciones esenciales:

Primero.—Dio por sentado que se trataba de un contrato de mandato de carácter remunerativo, proposición aceptada por ambas partes.

Segundo. — Niega que hubiera habido acuerdo previo de honorarios desconociendo el valor de la carta del 27 de abril de 1949, porque diz que la diligencia de absolución de posiciones, en donde se hizo el reconocimiento del caso, no fue firmada por el secretario del Juzgado. Con respecto a la anterior afirmación se observa que esa carta en su autenticidad no ha merecido tacha de ninguna naturaleza; por el contrario, el demandante la acepta explícitamente, aunque manifiesta que la propuesta hecha en esa misma misiva no fue aceptada por el señor Garcés, lo que se ha dejado analizado anteriormente.

Tercero. — El Juzgado se aparta del concepto expuesto por los peritos estimando que el fallador tiene plena soberanía para la fijación de los servicios profesionales y así dice: ". . . .Pero de acuerdo con lo que se deja expresado el Juez tiene soberanía para la fijación de la remuneración a que es acreedor el mandatario, y ello, en opinión de este despacho tiene justificada y lógica razón de ser. De carecer el fallador de la facultad de estimar la cuantía su campo quedaría relegado a un segundo plano. El juicio en la práctica vendría a ser desatado por los peritos en el referido dictamen y se haría innecesario el fallo, pues, él vendría a ser tan sólo una consecuencia necesaria del dictamen, dictamen del cual en ningún caso podría apartarse salvo las causales de tacha que se hubieren declarado probadas y que están previstas en la ley".

Los anteriores conceptos no pueden ser compartidos en forma absoluta; ya se trate de la fijación del artículo 721 aplicable al caso de estudio —o del 722 del C. J. el Juez tiene el encargo de examinar si los experticios se hallan o no debidamente fundamentados, si los hechos sobre los cuales realizan sus deducciones los peritos están o no demostrados; si la relación lógica entre éstos y el dictamen tiene aceptación razonable; es decir, el trabajo pericial no obliga forzosamente la aceptación del Juez porque éste tiene un amplio campo de crítica dentro del cual puede actuar.

El Juzgado aceptó el peritazgo únicamente en cuanto fijó la suma de **tres mil pesos** ($ 3.000.00) como honorarios en los juicios de jurisdicción coactiva y lo desechó en lo demás por considerarlo exagerado sin que hubiera expuesto una

fundamentación razonable para haberlo rechazado.

En la forma antes expuesta y por lo dicho a lo largo de esta providencia, debe pronunciarse el fallo de instancia correspondiente.

No se puede hacer condenación al pago de intereses porque ellos no se producen sino desde el momento en que se fije el monto de lo debido, es decir, desde que se declare la existencia de la obligación misma.

En mérito de las consideraciones que anteceden la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín de fecha 20 de enero de 1954, y como Tribunal de instancia,

RESUELVE:

Refórmase la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín el treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos cincuenta y tres (1953) en el ordinario del doctor **Aquileo Calle H.** contra el señor **José Domingo Garcés,** así:

Primero.—El nombrado señor Garcés debe al doctor Aquileo Calle H. la suma de **tres mil pesos** ($ 3.000.00) valor de los servicios profesionales que le prestó en los juicios por jurisdicción coactiva que el Municipio de Medellín le adelantó y que fueron acumulados en mayo de 1949 (artículo 549 del C. J.).

Segundo.—El mismo señor Garcés debe al doctor Calle H. el valor de los honorarios por servicios profesionales que le prestó en el juicio de expropiación que le adelantó el Municipio de Medellín, a partir del 27 de abril de 1949 hasta la terminación del aludido juicio. Para la regulación de este valor debe seguirse el procedimiento del artículo 553 del C. J.

Tercero.—No hay lugar a la condenación del pago de intereses.

La mitad de las costas en ambas instancias a cargo de la parte demandada.

No hay costas en el recurso de casación.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Ignacio Gómez Posse — Agustín Gómez Prada. Luis Felipe Latorre U. — Alberto Zuleta Angel. Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

JUICIO SOBRE DECLARACION DE PERTENENCIA DE UNOS PREDIOS. — CASO EN QUE QUIEN NO ES COMUNERO ALEGA LA USUCAPION CONTRA UNA COMUNIDAD.—CAUSAL SEGUNDA DE CASACION

La aplicación de una ley no invocada expresamente, no implica incongruencia, y mucho menos cuando esa ley, la 120 de 1928, y la citada en la demanda, antes que estar en pugna, se complementan, en el sentido de consagrar la acción de pertenencia con base en la prescripción extraordinaria o usucapión, trátese o no del caso de comuneros.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre diez y ocho de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U.)

La señora Raquel Durán, por medio de apoderado propuso ante el Juez Civil del Circuito de Buga juicio sobre declaración de pertenencia de dos predios, determinados por sus correspondientes linderos especiales, distinguidos con los nombres de "La Zanja" y "Oviedo", comprendidos dentro de la alinderación general de un fundo de área mayor denominado indiviso "Brisuelas", del Corregimiento Santa Elena, Municipio de Cerrito.

La demanda fue dirigida contra los comuneros del mencionado indiviso y en general contra "toda persona que se creyera con derecho" al predio o predios de que se trata.

La acción, apoyada en la posesión con las características y requisitos de tiempo y forma útiles para la prescripción extraordinaria, se ventiló como lo previene la ley 120 de 1928, por mandato de la 51 de 1943, aunque la actora no citó expresamente sino la última; y sin declarar que ella o alguno de sus antecesores tuviera o hubiera tenido la calidad de comunero.

Durante el término de los emplazamientos, la señora Aquilina López viuda de González y Teófilo López, por medio de apoderado formularon oposición a la demanda, alegando:

"1º—Que en el mismo Juzgado se adelanta el juicio de división de la gran comunidad 'Brisuelas', en el que se acaba de dictar la providencia que 'calificó los derechos que constituye el haber territorial del indiviso, indicándose como era lo jurídico, quiénes son comuneros y a quiénes corresponden derechos vincularios (sic) que los hace acreedores a que se les fije por el partidor una porción de terreno equivalente a su derecho';

"2º—Que entre los derechosos o accionistas figuran sus poderdantes quienes por tanto tienen interés en la comunidad y personería para defender los intereses de la propiedad denominada 'Brisuelas';

"3º—Que la señora Raquel Durán 'no es accionista' (sic) y carece por tanto de personería 'para pedir la prescripción adquisitiva de dominio consagrada por los artículos 1º y 2º que expresamente se refieren a los comuneros y no a ocupantes de hecho'; y

"4º—Que 'la declaración demandada cercenaría parte considerable del comunero, en favor de persona ajena a todo vínculo con el indiviso en su ser o naturaleza misma, desde luego que restaría área que pertenece a los comuneros para entregarla a quien creyendo ser comunera no lo es".

Agotado el trámite de la primera instancia, el Juez la finalizó con fallo de 21 de julio de 1952 que declaró infundada la oposición y propietaria de los predios "La Zanja" y "Oviedo" a la señora Raquel Durán.

Apelada esa providencia por los opositores, el Tribunal la confirmó por medio de la sentencia de 8 de noviembre de 1954, a la cual pertenecen los siguientes apartes:

"Como la sentencia de primera instancia no fue apelada por el Agente del Ministerio Público, ni por el curador de los demandados inciertos, sino solamente por los opositores, quienes fundaron su oposición no en el hecho de que la señora Raquel Durán carezca de la posesión de los inmuebles, o que no los haya poseído por espacio de treinta años, por sí y por sus antecesores, sin violencia, clandestinidad o interrupción, sino en el hecho de que no es ella comunera de

"Brisuelas", los poderes del fallador de segunda instancia están limitados forzosamente a lo que es materia de la demanda de oposición, pues no le es dable estudiar cuestiones no discutidas por los recurrentes opositores. No debe perderse de vista que por virtud de los artículos 10 y 11 de la Ley 120 de 1928, cuando hay oposición del Agente del Ministerio Público o de un tercero, se sigue un juicio ordinario en que el opositor se considera como demandante, si no está en posesión de la finca. Ahora bien, si la demanda judicial determina los límites del poder del Juez, la controversia suscitada por la oposición está limitada a la demanda que formula el opositor y el objeto del examen en la segunda instancia, es solamente la relación jurídica controvertida, cuando el recurrente es únicamente el opositor.

"En las apelaciones, como en general en todas las fases del proceso civil, el objeto de éste lo determinan las partes y el asunto sólo se estudia en la extensión en que ellas lo solicitan. Si la demanda de oposición que formuló el recurrente no tuvo por fundamento que la posesión de la señora Durán careciera de los requisitos para la prescripción, sino que ella no es comunera en el indiviso de "Brisuelas" y que por tanto, no tiene derecho a hacer valer en su favor la prescripción adquisitiva de dominio, es a este extremo del litigio a que debe limitarse el Tribunal, pues, se repite, la sentencia de primera instancia fue sólo apelada por los demandantes opositores.

"El señor Juez **a quo** desechó la oposición, por cuanto estimó 'que la prescripción como acción puede ser demandada, ora por un comunero que haya poseído en la forma y términos que prevé la Ley 51 de 1943, ya por cualquier persona que se encuentre en las circunstancias que especifica la Ley 120 de 1928, como ocurre en el caso de autos'.

"Si se estudia la demanda formulada en nombre de la señora Durán, se encuentra que no obstante que dice expresamente que con ella se ejercita 'la acción consagrada por los artículos 1º y 2º de la Ley 51 de 1943', lo cierto es que no se afirma que la actora tenga la calidad de comunera en el indiviso de 'Brisuelas', sino únicamente que los dos inmuebles por ella poseídos están dentro de los linderos del citado indiviso.....

"... ... ...

"Ahora bien, si se considera que la acción de prescripción a que se refiere la Ley 51 de 1943, se deduce en juicio ordinario, siguiendo el procedimiento que señala la Ley 120 de 1928, que es el procedimiento para obtener la declaración de pertenencia, por prescripción adquisitiva, en los casos comunes, hay que concluir como lo hizo el señor Juez **a quo**, que la intención de la demante Durán fue hacer valer en su favor, la prescripción adquisitiva de dominio, mediante la acción que reglamenta la última de las leyes citadas.

"Los errores o impropiedades de que adolece la demanda, no pueden ser óbice para que se reconozca el derecho que se quiera hacer valer en juicio. La Corte Suprema de Justicia ha dicho en repetidos fallos que la demanda es susceptible de interpretación 'siempre que no se varíen los factores esenciales del libelo, constituídos por las súplicas del actor y los hechos en que las apoya'. Y ha dicho también que 'la cita de los preceptos legales con que se pretende respaldar un derecho puede ser equivocada, pero si el derecho en realidad existe bajo otra denominación y las circunstancias de hechos necesarias para configurarlo han quedado planteadas en la demanda, ello obliga al juzgador a entrar en su examen a efecto de definirlo. (Casación, abril 9 de 1940, GACETAS números 1955 y 1956, pág. 229) y que 'es muy posible que el actor haya establecido en su libelo fundamentos de derecho errados, para servir de soporte jurídico a la acción incoada y que haya igualmente citado en apoyo de sus derechos litigiosos preceptos legales que no lo consagran con la debida claridad o que no son los que directa y señaladamente lo consagran..., pero tales errores de apreciación, aún dándose por demostrados, no alcanzan a modificar en su integridad y en su sustancia la naturaleza del medio judicial coercitivo presentado y tiene en esos casos el juzgador atribución suficiente para reconocerlo y consagrarlo, siempre que se hallan en el derecho positivo normas legales que le presten apoyo y fundamento'. (Casación, junio 5 de 1939, GACETA JUDICIAL número 1948, págs. 262 y 263).

"El derecho o acción para hacer valer la prescripción adquisitiva de dominio no sólo está reconocido por la ley a favor de un comunero contra los demás comuneros, sino que lo está, desde tiempo atrás, para quienes no sean comuneros. El último paso de la legislación fue reconocerlo entre comuneros, mediante la Ley 51 de 1943, porque la doctrina y la jurisprudencia del país no admitían la prescripción entre éstos, dado que cada comunero posee en nombre de la comunidad.

"Ahora bien, si la señora Raquel Durán sin decirse comunera de 'Brisuelas' y sin serlo como lo sostienen los opositores, alega que posee los inmuebles 'La Zanja' y 'Oviedo' como dueño exclusivo y que esos inmuebles están ubicados dentro del indiviso o comunidad de 'Brisuelas' y pide que se declare judicialmente que le pertenecen por prescripción adquisitiva de dominio, ejercita una acción que consagra la ley positiva y que hay que reconocerle, aunque en la demanda equivocadamente haya citado para fundarla, preceptos legales que no son los que le pueden servir de apoyo. Tal derecho o acción está reconocida por el artículo 2º de la Ley 120 de 1928.

"Lo expuesto indica que carecen de razón los opositores al pretender que porque la señora Durán no es comunera de 'Brisuelas', no pueda hacer valer la prescripción adquisitiva en su favor y contra la comunidad, pues quien no tiene la calidad de comunero también puede alegar prescripción contra todo el mundo, porque expresamente la ley le había reconocido ese derecho, aún antes de que se lo reconociera a un comunero contra los demás comuneros.

"... ... ..."

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el apoderado de los opositores el recurso de casación que la Corte procede a decidir hoy.

Los cargos

Tres reparos le hace el recurrente a la decisión acusada:

1º—El de la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial, por considerar que hay en el fallo del Tribunal, confirmatorio del de primera instancia, una incongruencia consistente en haberse aplicado la ley 120 de 1928 y no la 51 de 1943, que fue la invocada en la demanda inicial del proceso.

La Corte considera:

La falta de consonancia a que se refiere la causal 2ª no es entre las disposiciones de derecho citadas y las aplicadas, sino entre lo pedido y lo fallado. En este juicio, la pretensión deducida por la actora Raquel Durán fue la de que se declarara la pertenencia de los predios a su favor, con base en la prescripción adquisitiva extraordinaria; y eso fue lo que se decidió, no otra cosa, ni más ni menos.

La aplicación de una ley no invocada expresamente, no implica incongruencia, y mucho menos cuando esa ley, la 120 de 1928, y la citada en la demanda, antes que estar en pugna, se complementan, en el sentido de consagrar la acción de pertenencia con base en la prescripción extraordinaria o usucapión, trátese o no del caso de comuneros.

Carece así de fundamento jurídico el cargo de que se trata.

El **segundo** y el **tercer** reparos, por supuestas violaciones del artículo 593 del Código Judicial y de la Ley 51 de 1943, son ineptos, porque la acusación es confusa, difusa, no se refiere concretamente al quebrantamiento de una norma sustantiva, ni mucho menos se indica cómo se violó, si por falta de aplicación debiendo ser aplicada, o por aplicación indebida o por errónea interpretación; ni si se estima que la violación fue indirecta por haberse incurrido en error manifiesto de hecho o error de derecho en la apreciación de una prueba, cuál fue ésta en concreto y en qué consistió el error, también en concreto o con precisión.

Tan ostensible deficiencia en la acusación le bastaría a la Corte para declarar infundado el recurso, pero a mayor abundamiento transcribe el concepto del Procurador, que dice:

"Al leer la respectiva demanda de casación se observa que es muy defectuosa en su redacción, muy confusa en su pensamiento y no reúne estrictamente las condiciones que una demanda de esta naturaleza debe contener al tenor de lo establecido por el artículo 531 del Código Judicial.

"En el primer cargo se dice que se acusa la sentencia con base en el precepto consagrado en el artículo 520 del Código Judicial, ordinal 2º, es decir por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones deducidas por los litigantes.

"El recurrente, según parece, trata de explicar esta inconsonancia manifestando que el actor pidió la declaratoria de prescripción adquisitiva de dominio con apoyo en la ley 51 de 1943, es decir, como comunero del inmueble indiviso, y teniendo en cuenta este planteamiento de la acción se formuló la oposición y se trabó la litis; pero que el Tribunal fallador cambió la acción y estimó que el caso estaba regido era por la Ley 120 de 1928. Luego, en el mismo cargo, se agrega: 'Con esto el sentenciador se aparta de la verdad procesal y así la sentencia recurrida viola, así la disposicin citada y transcrita y por consecuencia inmediata el art. 461 del citado Código de Procedimiento Ci-

vil, que impone como norma de juridicidad indiscutible y categórica, que las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las demandas y demás pretensiones deducidas por las partes'.

"El segundo cargo está concebido en los siguientes términos:

"Acuso también la sentencia recurrida por violación del artículo 593 del C. J. que impone que toda decisión judicial, en materia civil, debe fundarse en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia de unos y otros aparecen demostrados de manera plena y completa, según la ley...

"La sentencia debió considerar que como se demandó la negación del derecho de dominio fundado en la prescripción de lote de una comunidad, por persona que virtual y expresamente invocó su calidad de comunera, y que como los opositores trajeron la prueba de que el actor no era comunero, ese hecho comporta la obligación de negar la prescripción demandada, y demandada bajo acción específica escogida por el actor. Se violó esa disposición y también la ley 51 de 1943.

"Según el tercer cargo 'la sentencia recurrida incurre también en manifiesta violación de la ley civil sustantiva en los principios que regulan la prescripción que no sólo exige que haya explotación económica por lapso que determina la ley, sino que la posesión sea con ánimo de dueño y que no haya reconocido circunstancia que niegue ese ánimo; que no haya clandestinidad ni interrupción alguna que corte la prescripción'. En seguida se agrega que la demandante señora Durán no podía obtener el reconocimiento del derecho de dominio por prescripción, porque 'quedó interrumpida desde el momento mismo en que se pidió la división del comunero y en esa división actuó ella como parte a título de comunera'. Se repite luégo que 'la sentencia es incongruente con el pensamiento legal que informa el concepto de prescripción adquisitiva y el cual se contiene en los artículos 2531 y siguientes del C. C., ley 51 de 1943, ley 120 de 1928'.

"El recurrente quiso finalmente hacer un resumen o síntesis de cuanto había expuesto en su demanda, pero desafortunadamente lo que hizo fue una peor mezcla y confusión de las causales de casación y de sus distintos fundamentos.

"La Procuraduría considera:

"La Ley 120 de 1928 introdujo en nuestra legislación una reforma de gran trascendencia, de evidente conveniencia y de gran utilidad práctica, porque con ella se encontró la solución jurídica adecuada para resolver los múltiples y gravísimos problemas referentes a la propiedad raíz, que desde hacía muchos años venían impidiendo o dificultando su movilización y estorbando el desarrollo cada día más creciente del crédito hipotecario.

"Anteriormente la prescripción adquisitiva de dominio solamente podía hacerse valer como excepción; pero esta nueva ley consagró la acción de pertenencia para poder alegar la prescripción adquisitiva de dominio como acción y obtener de esta manera la declaratoria de propiedad sobre un bien determinado.

"Más tarde, la Ley 51 de 1943 vino a consagrar la prescripción entre comuneros o condueños, o mejor dicho a reconocer el derecho que también tenían los comuneros para hacer valer en su favor la prescripción adquisitiva de dominio en relación con el predio común proindiviso o en relación con alguna parte de él, que poseían materialmente en las condiciones fijadas por la ley.

"De tal suerte que el derecho de accionar por medio de la prescripción adquisitiva de dominio no solamente está consagrado o reconocido entre nosotros a favor del comunero contra los demás comuneros, sino que también lo está para aquel que no es comunero o condueño. En otras palabras: si el comunero puede usucapir a su favor y en contra de los demás comuneros en relación con el predio común proindiviso o alguna parte de él, con mayor razón cualquiera persona que no sea comunera puede alegar la usucapión contra la comunidad si ha poseído el bien o parte de él por el tiempo y en las condiciones que la ley exige para la prescripción; porque el derecho que en este caso se le otorga al comunero, no se le otorga propiamente en cuanto comunero sino en cuanto ha poseído materialmente y explotado económicamente en las condiciones legales el predio proindiviso o alguna parte de él. En realidad de verdad lo que la Ley 51 de 1943 hizo fue extender al caso especial de los comuneros un derecho que ya desde hacía mucho tiempo estaba consagrado para todas las personas en general, es decir, para quienes no eran comuneros.

"En el negocio de la referencia, la señora Raquel Durán alega la usucapión de los terrenos que en el libelo determina no en calidad de comunera o con el título de tal sino sobre la base de su posesión exclusiva. Y aunque en el libelo de demanda se citan equivocadamente las disposiciones contenidas en los artículos 1º y 2º de la

Ley 51 de 1943, ello no quiere significar que la demandante señora Durán actúe como comunera, ni con ello puede modificarse o variarse la naturaleza misma de la acción intentada que no es otra que la de un tercero contra una comunidad y contra todo el mundo, y no la de un comunero contra los demás comuneros.

"Que la equivocación en la cita de los fundamentos de derecho no cambia ni modifica la naturaleza de la acción intentada lo ha dicho repetidas veces esa Superioridad.

"Debe tenerse presente que es muy posible que el actor haya establecido en su libelo fundamentos de derecho errados, o que haya citado en apoyo de sus peticiones, preceptos legales que no las consagran con la debida claridad o que no son los que directa o señaladamente las consagran..., pero tales errores de apreciación no alcanzan a modificar en su integridad y en su sustancia la acción intentada, y tiene en estos casos el juzgador atribución suficiente para conocerla y consagrarla, siempre que halle en el derecho positivo normas legales que le presten apoyo y fundamento'. (Casación, junio 5 de 1930, G. J. número 1948, pág. 262).

"Por otra parte conviene transcribir aquí lo que esa misma Superioridad ha dicho en relación con el alcance de la causal 2ª de casación:

"La causal alegada, que es la que consigna el numeral 2º del artículo 520 del C. J., no puede tener cabida sino cuando el juzgador ha deducido una acción distinta de la ejercitada, variando los términos de la demanda o cuando ha fallado en más de lo pedido o cuando no ha desatado alguno de los puntos sobre que versa la controversia". (Casación, 30 de noviembre de 1935. G. J. número 1905, pág. 193).

"En el caso de autos, pues, el Tribunal fallador no cambió la acción, como lo dice el recurrente, sino que desató la litis ciñéndose estrictamente a la acción intentada...".

"En cuanto al segundo cargo que el recurrente formula contra la sentencia del Tribunal y en que la acusa por violación del artículo 593 del C. J., basta decir que dicha norma no es sustantiva y por consiguiente no puede ser violada directamente. Además el recurrente no cita disposiciones civiles que consagren derechos sustantivos, que hubieran podido ser quebrantados por falta de aplicación de aquélla.

"La Corte sobre este particular ha dicho:

"La disposición del artículo 593 no es sustantiva que consagre derechos a favor de los particulares; es simple norma que el legislador le ha dado a los jueces para la decisión de los litigios y para la apreciación de las pruebas. Esa disposición no puede violarse directamente y dado caso que un juzgador la desechare o contrariare, sería indispensable, para infirmar un fallo, que la falta de aplicación de ella tuviera como consecuencia el quebrantamiento de disposiciones civiles que consagran derechos sustantivos'. (Casación, 31 octubre de 1933, XLI-bis, 47).

"Finalmente, en relación con el tercer cargo en que se acusa la sentencia recurrida por manifiesta violación de la ley sustantiva en los principios que regulan la prescripción, es decir, por haberse declarado ésta habiendo quedado interrumpida desde el momento mismo en que se pidió la división del comunero, es suficiente recordar que el juicio de división de una comunidad no interrumpe la prescripción...".

Las razones que preceden, particularmente las expuestas por el Ministerio Público, que no actúa en nombre de la parte demandante, llevan a la conclusión de que el fallo recurrido no puede ser infirmado.

Basta agregar, en refuerzo de la tesis de que la prescripción adquisitiva invocada como base de la demanda no fue interrumpida por la inicial del juicio divisorio, que ésta no produce tal efecto contra el comunero que alega y prueba posesión exclusiva, ni mucho menos contra el poseedor que no invoca calidad de comunero. Si la señora Durán designó como demandados a los comuneros de "Brisuelas", se ve que lo hizo por considerar que ellos podían ser presuntos dueños primitivos y conocidos de los predios "La Zanja" y "Oviedo", comprendidos dentro de la alinderación del indiviso, dirigiendo su acción también contra "todas las personas que se crean con derecho", y a quienes se emplazó en la forma prevista por la Ley 120 de 1928.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Felipe Latorre U.—Agustín Gómez Prada. Ignacio Gómez Posse — Alberto Zuleta Angel.— Ernesto Melendro Lugo, Secretario.

SE DECRETA EL DIVORCIO DE UN MATRIMONIO CIVIL CON BASE EN LA CAUSAL 4ª DEL ARTICULO 154 DEL CODIGO CIVIL. — SENTIDO Y ALCANCE DEL TERMINO "ABSOLUTO" USADO POR EL CODIGO CIVIL EN SU ARTICULO 154 PARA PRECISAR EL ABANDONO DEL MARIDO EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ESPOSO Y DE PADRE

1. — El Tribunal interpretó el "absoluto abandono" del marido en sus deberes de esposo y de padre (ordinal 4º del artículo 154 del C. C.), en el sentido, no sólo de omisión en el cumplimiento de sus obligaciones, sino de omisión crónica o en el tiempo.

La Corte estima que ese criterio cronológico o de tiempo, usado de modo exclusivo, es errado, y que el término que emplea el Código Civil de "absoluto", para precisar el abandono del marido en sus deberes, es el más propio para definir el punto. Lo absoluto es lo completo, total o definitivo, término opuesto a lo incompleto, deficiente o temporal. Hay, pues, abandono absoluto de los deberes de esposo y de padre cuando un hombre deja de cumplirlos en tal forma, que los fines que la ley ha tenido en cuenta para señalarlos no pueden cumplirse. Y si a veces el tiempo puede ser una circunstancia que señale el abandono completo, en otras no podrá indicarlos de manera segura y en ocasiones no tendrá significación ninguna. Un marido o padre que en un instante deja su hogar, abandona de modo absoluto el cumplimiento de sus deberes, si las circunstancias indican que no piensa volver a prestar la tutela moral y económica a que está obligado, o sea, que no es un abandono temporal. Desde luego, las apreciaciones de ésta como las de las otras causales de divorcio, que lo son también de separación de bienes, han de quedar al prudente arbitrio del juez, dado que no es posible señalar pautas rígidas en el particular.

2.—A la mujer le correspondía probar el abandono absoluto y al marido la causa justa del mismo, esto es, de los motivos legales que tuvo para dejar de cumplir con sus obligaciones, ya que él es quien alega esa circunstancia. Sería un absurdo que a la mujer que demandara a su esposo por haber dejado de cumplir con sus deberes, sin causa alguna, se la obligara a demostrar que no tuvo razón legal para omitirlos, pues esto constituye una verdadera excepción para el marido, ya que, según el artículo 156 del Código Civil el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no ha dado lugar a él.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, a veintitrés de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 19 de abril del presente año, revocó la dictada por el Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá y, en su lugar, negó las peticiones de la demanda, absolvió al demandado y condenó en costas de la primera instancia a la parte actora, dentro del juicio ordinario sobre divorcio y disolución de la sociedad conyugal promovido por Helma Kaufmann contra Gunter Translateur.

El apoderado de la parte actora interpuso contra dicha sentencia el recurso de casación.

Antecedentes

I. Helma Kaufmann contrajo matrimonio civil, en esta ciudad, con Gunter Translateur, el 21 de febrero de 1951 y del matrimonio nació un niño, Maximiliano, el 30 de enero de 1952. Los cónyuges vivieron juntos hasta el 13 de febrero de 1954, día en que el esposo abandonó el hogar, sin causa alguna, como lo afirma la mujer, o por la intromisión del hermano de ésta, Kurt Kaufmann, en su vida de familia, como lo dice el demandado.

II. La esposa promovió juicio ordinario para pedir la separación o divorcio y la consiguiente disolución de la sociedad conyugal, alegando como causas para ello: que el marido abandonó

a su esposa para ir a vivir fuera del hogar, el 13 de febrero de 1954 y no ha regresado; que ha maltratado a su esposa, la ha injuriado gravemente, ha hecho imposible la paz y el sosiego domésticos y la ha amenazado; que los gastos de manutención de la cónyuge y del hijo no fueron sufragados por el esposo; que desde el matrimonio dejó en abandono económico a su mujer y el hermano de ésta, Kurt Kaufmann, ha proveído a dichos gastos; que se llevó del hogar objetos que eran de propiedad del matrimonio; que no pagó los gastos que demandó el nacimiento del hijo ni ha suministrado los de crianza y educación del menor, los cuales ha hecho el hermano de la esposa.

III. El marido dijo que no se oponía al divorcio, pero negó la existencia de los motivos alegados al efecto diciendo: que el hermano de su esposa vivía con ellos y el 13 de febrero culminaron las diferencias existentes con él y se vio obligado a retirarse de la casa para buscar una residencia para los tres (marido, mujer e hijo), pero que su cónyuge "no quiso secundarme en este propósito alegando que por ningún motivo dejaría a su hermano", con lo cual lo obligó a permanecer fuera de su casa, "forzado por las circunstancias creadas por ella misma"; que con su esposa llevaba "una vida tranquila y agradable hasta cuando llegó el hermano de ésta", lo que trajo el desasosiego al hogar; que todo el fruto de su trabajo lo destinó a los gastos de su casa; que no sacó de ella sino elementos de su propiedad y, en su mayoría, de su uso personal; que ha atendido a la subsistencia de su hijo y ha suministrado el dinero para su crianza, mas no ha hecho gastos para su educación, dada su corta edad de quince meses.

En la misma contestación de la demanda, aunque afirma que su cuñado Kurt Kaufmann no prestó la contribución económica que se invoca, reconoce que por comida, arreglo de ropa, vivienda y demás "pagaba alguna suma mensual"; y que es verdad que "ayudó con alguna suma de dinero para los gastos que demandaba el nacimiento" del niño.

IV. El Juzgado, de acuerdo con el Personero Municipal y con las peticiones de la demanda, decretó el divorcio solicitado, la disolución de la sociedad conyugal y la terminación de la potestad marital, ordenó que el hijo quedara en poder de la madre y fijó en setenta pesos la suma que debía pagar el padre mensualmente para los gastos de sostenimiento del mismo (del hijo), porque con las declaraciones de algunos testigos y la confesión del demandado encontró probada la causal cuarta del artículo 154 del Código Civil, o sea, el absoluto abandono de los deberes de esposo y de padre por parte de éste (f. 27 del c. 1).

V. El Tribunal, como ya se dijo, y en desacuerdo con el Fiscal, revocó la sentencia de primera instancia y absolvió al demandado, arguyendo, en síntesis: a) No hay ninguna prueba de la causal quinta de divorcio, o sea, los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra que hayan hecho peligrar la vida de los cónyuges o hayan hecho imposibles la paz y el sosiego domésticos; b) el incumplimiento del demandado en sus deberes de esposo y padre, según la prueba que el Tribunal relaciona, "data solamente desde el día en que él se retiró del hogar, el 13 de febrero de 1953", pero no hay ninguna sobre el tiempo anterior; c) incumbía a la actora la prueba "de la causa por la cual el marido se retiró de la casa y dejó, desde el día en que esto hizo, de cumplir con los deberes de esposo y padre"; d) el tiempo transcurrido entre el abandono de la casa y la demanda —dos meses y medio— **"por sí solo no es suficiente para estimar el incumplimiento como crónico o habitual, dado que en la conducta humana un hábito o un proceder crónico no lo establecen los actos propios de él que se efectúen en un lapso tan corto de dos meses y medio"** (subraya la Corte).

Demanda de casación

El recurrente le hace cuatro cargos a la sentencia del Tribunal, basados en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, que la Corte resume como se verá en seguida:

1º El Tribunal violó la ley por infracción directa y por interpretación equivocada de la misma: en efecto, interpretó erradamente el artículo 154 del Código Civil, en su numeral cuarto, al considerar que el absoluto abandono del marido en el cumplimiento de los deberes de esposo y de padre se refiere a un período de tiempo, siendo así que las obligaciones de los cónyuges son permanentes y constantes, sin interrupciones. El legislador se refiere a la intención positiva de dejar de cumplir con las obligaciones a que están sometidos los esposos y los padres, la cual está probada en el proceso. Lo que diferencia el abandono absoluto del abandono transitorio es la intención o voluntad y no el tiempo, pues no es

una circunstancia que haya de apreciarse "por horas, minutos o días".

2º Por esta interpretación equivocada el Tribunal quebrantó el precepto que establece que incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien las alega, pues afirma que le correspondía a la esposa "demostrar la causa del abandono" del marido, invirtiendo así el sistema general de la carga de la prueba: al señor Translateur le tocaba demostrar "que el abandono del hogar se debió a una causa justa, ya que es él quien alega esa circunstancia".

3º Al apreciar mal el Tribunal las posiciones del demandado, "dejó de aplicar el numeral 5º del artículo 154 del Código Civil", que establece como causal de divorcio la ausencia de paz y sosiego domésticos, lo cual confesó el demandado.

Consideraciones de la Corte

Aunque no haya necesidad de estudiar cargos que no prosperan cuando existe alguno que sí tiene acogida, no omite la Corte la consideración del tercero o último, por relacionarse con las pruebas, de las cuales habrá de ocuparse luégo, como en su lugar se dirá.

Pues bien, para rechazar este tercer cargo basta con advertir que es necesario que en el hogar no existan la paz y el sosiego domésticos, no por cualquier motivo, sino ocasionados por ultrajes, trato cruel o maltratamiento de obra de uno de los esposos para con el otro, como se desprende del texto 5º del citado artículo 154 del Código Civil.

Y lo que el demandado dice en las posiciones no es que la paz y el sosiego domésticos no existan en su casa por aquellos motivos, esto es, por ultrajes o trato cruel o maltratamientos de obra que le hubiera dado a su mujer, sino "porque el señor Kaufmann se introdujo en mi casa y él fue el que produjo ese malestar" (f. 6º del c. 2º).

Pero sí properan los cargos primero y segundo, que se refieren a la errada interpretación del Tribunal sobre el ordinal 4º del artículo 154 del Código Civil, o sea, sobre lo que debe entenderse por "absoluto abandono" del marido en sus deberes de esposo y de padre y en cuanto a la carga de la prueba, respecto de los motivos que tuviera el demandado para abandonar su hogar.

El Tribunal interpretó el "absoluto abandono" del marido en sus deberes de esposo y de padre en el sentido, no sólo de omisión en el cumplimiento de sus obligaciones, sino de omisión crónica o en el tiempo; lo cual se deduce, no únicamente de las frases transcritas en otro lugar, sino de las citas que hace de dos comentadores del artículo 154, en su ordinal 4º: uno de ellos dice que "mejor habría sido el empleo del vocablo crónico, dado que demostrar lo absoluto de ciertas omisiones es bastante difícil", y otro afirma que, para entender el término "absoluto" en forma razonable hay que referirlo "más bien a una cuestión de tiempo y hay que relacionar ese término con habitual".

La Corte estima que ese criterio cronológico o de tiempo, usado de modo exclusivo, es errado, y que el término que emplea el Código Civil de "absoluto", para precisar el abandono del marido en sus deberes, es el más propio para definir el punto. Lo absoluto es lo completo, total o definitivo, término opuesto a lo incompleto, deficiente o temporal. Hay, pues, abandono absoluto de los deberes de esposo y de padre cuando un hombre deja de cumplirlos en tal forma, que los fines que la ley ha tenido en cuenta para señalarlos no pueden cumplirse. Y si a veces el tiempo puede ser una circunstancia que señale el abandono completo, en otras no podrá indicarlos de manera segura y en ocasiones no tendrá significación ninguna. Un marido o padre que en un instante deja su hogar, abandona de modo absoluto el cumplimiento de sus deberes, si las circunstancias indican que no piensa volver a prestar la tutela moral y económica a que está obligado, o sea, que no es un abandono temporal. Desde luego, las apreciaciones de ésta como las de las otras causales de divorcio, que lo son también de separación de bienes, han de quedar al prudente arbitrio del juez, dado que no es posible señalar pautas rígidas en el particular.

Es cierto que en alguna ocasión esta entidad consideró que no era abandono absoluto el de un esposo y padre que había estado lejos de su casa durante catorce meses: "no basta esa ausencia —expresó— para constituir el abandono que designa el artículo 154 del Código Civil, como causal de separación. El esposo que se aleja temporalmente de su casa, ahuyentado por querellas o pendencias domésticas, no deja para siempre.... a la esposa, que es lo que constituye el abandono absoluto de que habla la ley". (Cas. de 11 de julio de 1929, G. J. Tomo XXXVII, número 1849, página 26).

Pero esta doctrina que subordinó al tiempo el abandono de los deberes, ha sido rectificada en no pocos fallos.

Así, en casación de 5 de diciembre de 1932 expresa que "el abandono por parte de alguno de los cónyuges, de alguno de los deberes que le incumben **y que hiciera imposible la consecución de los fines para los cuales está constituído el matrimonio, sería causal necesaria de separación de bienes (y de divorcio, aclara ahora la Sala)**... Hay, pues, que interpretar este numeral en el sentido de que el abandono de cualquier deber **indispensable para la vida matrimonial**, induce causal de separación de bienes (o de divorcio, vuelve a aclararse), sin que sea necesario el abandono absoluto de todos y cada uno de los deberes de esposo y padre o de esposa y madre, situación ésta que queda, naturalmente, sometida a la apreciación del juzgador". (Cas. de 5 de diciembre de 1932, G. J. Tomo XLI, número 1892, página 52). Como se ve, ya no se emplea el criterio cronológico o de tiempo para calificar el abandono como absoluto.

En casación de 27 de septiembre de 1930 dijo más claramente la Corte que "**el absoluto abandono** de que habla el artículo 154 del Código Civil significa un **desamparo grave** por el marido o por la mujer de sus respectivos deberes" y concluye que al exagerar el sentido de la expresión "absoluto abandono" conduciría "a consecuencias absurdas e injustas" (G. J. Tomo XXXVIII, número 1867, página 92).

Y en casación de 28 de febrero de 1931, estimó que no era equivocada la interpretación de un Tribunal que requirió un abandono **"reiterado en los hechos y crónico en el tiempo"**, pero ello porque se trataba de un abandono, no total o definitivo, sino solamente parcial de las obligaciones. El abandono —explica ese fallo de la Corte— **"puede ser definitivo o completo en sí mismo** respecto de uno solo de los deberes del marido, como el de suministrar alimentos a su esposa e hijos, pero en cantidad **exigua**, caso en el que no podría, de acuerdo con la tesis del recurrente, asentarse como obligación ineludible para el juez la de decretar la separación, porque bien podría suceder que ello se debiera a dificultades fortuitas del marido, fáciles de sobrevenir en la vida del matrimonio y también de desaparecer o atenuarse con algún esfuerzo de parte de aquél. De ahí que el Tribunal diga que el hecho debe ser en este caso siquiera reiterado y de alguna duración o crónico para que pueda asimilarse a **absoluto** que exige la ley. De modo que el carácter de abandono reiterado en los hechos y crónico en el tiempo no lo exige el Tribunal **sino para cuando aquel no es definitivo o completo**, aún respecto de uno solo de los deberes del marido como esposo o padre, y por consiguiente, el concepto del Tribunal en esta parte no es tampoco erróneo y opuesto al numeral 4º del artículo 154 del Código Civil". (G. J. Tomo XXXVIII, número 1876, página 514 y subraya la Corte ahora).

En cuanto a la carga de la prueba, es cierto que el Tribunal afirma que le tocaba a la demandante probar "la causa por la cual el marido se retiró de la casa y dejó, desde el día en que esto hizo, de cumplir con los deberes de esposo y padre". Y es verdad que el artículo 1757 del Código Civil estatuye que "incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien alega aquéllas o ésta".

Es este un principio general probatorio que se ha enunciado siempre diciendo que la carga de la prueba de los hechos en que se basa la demanda le corresponde al actor y que la carga de la prueba de los hechos en que se basan las excepciones le corresponde al demandado.

Principio que explican Colin y Capitant diciendo que el demandante que quiere introducir un cambio en la situación normal debe probar ese cambio, pues de lo contrario el demandado conserva las ventajas de su situación. "Por tanto, **el demandado que se limita a negar los hechos alegados por el actor, no tiene que presentar prueba ninguna en apoyo de su negación. Pero si opone medios de defensa, excepciones, es decir, si pretende que las consecuencias jurídicas de los hechos alegados se paralicen por otros hechos, por ejemplo, si sostiene que es propietario por prescripción, o aún más, que la obligación es nula, es él el que tiene que aducir las pruebas de estos medios de defensa**". (Curso elemental de Derecho Civil, tomo I, página 209 y se subraya).

De esta suerte y, como lo dice el recurrente, a la mujer le correspondía probar el abandono absoluto y nada más, y al marido la causa justa del mismo, esto es, de los motivos legales que tuvo para dejar de cumplir con sus obligaciones, ya que él es quien alega esa circunstancia. Sería un absurdo que a la mujer que demandara a su esposo por haber dejado de cumplir con sus deberes, sin causa alguna, se la obligara a demostrar que no tuvo razón legal para omitirlos, pues esto constituye una verdadera excepción para el marido, ya que, según el artículo 156 del Código Civil el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a él.

Prosperando, como prosperan, estos cargos, es forzoso dictar la sentencia de instancia que corresponda decidiendo sobre lo principal del pleito (artículo 539 del C. J.).

Sentencia de instancia

Para resolver lo que se estime legal debe precisarse cuáles son los hechos que aparecen demostrados, así:

1º Está probado el matrimonio civil de Gunter Translateur con Helma Kaufmann, celebrado en esta ciudad, el 21 de febrero de 1951, con el acta en que se hizo constar la celebración del mismo (fls. 8 y ss. del c. 1).

2º También consta el nacimiento de Gerd Maximiliano, como hijo del matrimonio, el 30 de enero de 1952, del acta de registro de estado civil (f. 7 del c. 1).

3º No hay prueba de que se hubiera cumplido la causal 5ª del artículo 154 del Código Civil, o sea, los ultrajes, el trato cruel o maltratamientos de obra que hubieran puesto en peligro la vida de los cónyuges o que hubieran hecho imposibles la paz y el sosiego domésticos, pues de ellos sólo aparece la declaración de la criada María Helena Calderón, que dice que no sabe alemán, pero que el 13 de febrero de 1953 tuvieron disgustos los esposos y "por el semblante y cara que ponían se ve que se trataban mal de palabra" (f. 3 del c. 2).

4º Está probado que el 13 de febrero de 1953 Gunter Translateur dejó su casa y desde entonces no ha vuelto a subvenir a las necesidades de su hogar. Y que este abandono de sus deberes de esposo y de padre fue definitivo o absoluto, como lo requiere el ordinal 4º del artículo 154 del Código Civil, está acreditado con la contestación de la demanda, con las posiciones del demandado, con las declaraciones de María Helena Calderón, Hildegard Zander de Sherman y Hans May y las constancias de los Juzgados en lo penal.

En la contestación de la demanda dice, entre otras cosas: "No me opongo a que el divorcio sea decretado"; "el 13 de febrero del corriente año (1953) hicieron crisis las diferencias surgidas entre él (Kurt Kaufmann, su cuñado) y yo, razón por la cual me vi precisado a retirarme de la casa con el objeto de buscar una residencia para mi esposa, para mi hijo y para mí. Desafortunadamente, mi esposa no quiso secundarme en este propósito alegando que por ningún motivo dejaría a su hermano, obligándome con esa actitud a permanecer fuera de mi casa, pero no como un acto de abandono del hogar, sino forzado por las circunstancias creadas por ella misma" (f. 14 del c. 1).

En posiciones, acepta el demandado que desde el 13 o 15 de febrero "no hace vida común con su esposa"; que "durante los últimos cuatro meses del presente año (1953) no ha entregado suma de dinero a su esposa para su manutención y la de su hijo"; que sacó de la casa "su cama y sus utensilios de uso personal para la casa de sus padres"; que "su matrimonio fue un engaño" aunque no por asuntos de dinero; que durante los últimos tiempos no hubo paz ni sosiego en su casa debido a disgustos con su cuñado; y que su esposa "tiene un capital de diez mil pesos que le producen intereses mensuales suficientes" para su sostenimiento (fls. 5 a 6 del c. 2).

María Helena Calderón, criada del matrimonio, desde hacía ocho meses en julio de 1953, declara sobre el disgusto habido el 13 de febrero del mismo año y de cómo el marido sacó sus cosas, "una nevera y una alcancía con ahorros que decía que eran para el niño"; que a los ocho días la señora llamó al marido, y éste vino, "pero no se amistaron"; que volvió luégo y como no encontrara a su mujer, se retiró y "no ha vuelto a vivir en compañía de su esposa"; que "ella me dijo un día que su esposo le había dado diez pesos para los gastos de su hijo"; que "el señor Kurt Kaufmann, hermano de la señora Helma, quien vive en la misma casa, da para los gastos diarios de la casa" (f. 3 v. del c. 2).

La señora Hildegard Zander de Sherman conoce desde hace varios años al matrimonio, vivió junto con la señora Helma, y dice que alrededor del 15 de febrero de 1953 los esposos tuvieron un disgusto y el marido se llevó algunos muebles "y no volvió a vivir con su esposa"; que entonces ella le había ofrecido dinero, pero que la mujer respondió que su hermano "estaba sufragando los gastos de la casa" y que le consta que el señor Kurt Kaufmann es quien provee a los gastos de manutención del hijito de esta señora y del señor Translateur"; que desde antes de casarse Translateur decía que se casaba "por la plata del hermano de ella y esto lo decía con mucha frecuencia" y que luégo de casados le había confesado la señora "que las cosas habían resul-

tado como yo se lo había advertido"; y que le consta que el hombre, al irse de la casa, "se llevó la alcancía de su hijo y la libreta de consignaciones en la Caja de Ahorros del mismo niño" (f. 4 v. del c. 2).

Hans May, quien conoce y trata con frecuencia a los esposos Translateur-Kaufmann declara que desde la separación del marido no ha vuelto éste a sufragar los gastos de su mujer y de su hijo, pues quien lo hace es el hermano de ésta; que supo que había habido diferencias de dinero entre Translateur y el señor Kaufmann originando diligencias penales; y que aquél "abandonó sus deberes para su señora e hijo desde cuando se fue del hogar a vivir con su familia". (F. 8 v. ibidem).

El Juzgado 6º de Instrucción Criminal, certifica que en ese despacho cursa un proceso por abuso de confianza en que es denunciante Kurt Kaufmann y denunciado Gunter Translateur "por apropiación de dineros del señor Kaufmann, quien ha dicho ser hermano de Helma Kaufmann de Translateur" (f. 10). El Fiscal del Juzgado 5º Superior no accedió a certificar sobre un proceso que cursaba en esa oficina.

Con estas pruebas y, como se dijo al principio de este aparte, se llega a la plena convicción de que hubo abandono absoluto del demandado en sus deberes de esposo y de padre y, por tanto, que debía decretarse el divorcio, y hacerse las demás declaraciones pedidas en la demanda.

La Procuraduría solicita que no se case la sentencia recurrida, pero tanto el Personero Municipal como el Fiscal del Tribunal pidieron que se accediera a las peticiones de la demanda.

Es más, el citado Personero que, como los otros Agentes del Ministerio Público, ha intervenido en interés de la mujer y del hijo (artículos 156 del C. C. y 785 del C. J.), apeló de la sentencia de primera instancia por no haberse dado cumplimiento al artículo 166 del Código Civil, que establece para el marido que ha dado causa al divorcio la obligación de contribuir a la congrua y decente sustentación de su mujer divorciada. A esto añade la Corte que en el artículo 161 del mismo Código se ordena a los cónyuges proveer a los gastos de alimentos y educación de los hijos. En ambos casos, consecuencia obligada del divorcio, dispone la ley que haga el Juez tales regulaciones en forma prudencial y así deberá ordenarse, procediendo al efecto según el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial, antes de los trámites de la liquidación de la sociedad conyugal (artículo 795 del C. J.).

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida y modifica la proferida por el Juzgado Primero Civil de este Circuito el día doce (12) de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), así:

1º Decrétase el divorcio o separación del matrimonio civil celebrado entre los cónyuges **Gunter Translateur** y **Helma Kaufmann** el día veintiuno (21) de febrero de mil novecientos cincuenta y uno (1951) ante el Juzgado Quinto Civil Municipal de Bogotá, y consecuencialmente la disolución de la sociedad conyugal formada entre ellos por virtud de ese matrimonio y la terminación de la potestad marital que el marido demandado tiene sobre su cónyuge demandante.

2º Su hijo Gerd Maximilian Translateur Kaufmann quedará en poder de la madre y el Juez determinará la forma y cuantía de los gastos de alimentos y educación del mismo, de acuerdo con el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial.

3º Condénase al marido a proveer a la congrua y decente sustentación de su mujer y el Juez fijará la cantidad y forma de la contribución, atendidas las circunstancias de ambos, y también de acuerdo con el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el proceso al Tribunal de su origen.

Agustín Gómez Prada — Ignacio Gómez Posse.

Luis Felipe Latorre U.—Alberto Zuleta Angel.—

Ernesto Melendro Lugo, Srio.

ACCION DE FILIACION NATURAL. — POSESION NOTORIA DEL ESTADO DE HIJO NATURAL

1.—Es doctrina de la Corte, confirmada en numerosas decisiones, la de que la acción de filiación natural puede promoverse después de muerto el padre contra los herederos.

2.—Entre la disposición contenida en el artículo 6º de la ley 45 de 1936 y el artículo 397 del Código Civil existen varias diferencias entre las cuales debe anotarse la referente a la presentación del hijo por el padre, con el carácter de tal, a los deudos y amigos, condición no exigida por la citada disposición de la ley 45, diferencia ésta claramente explicable comoquiera que, según se expresa en los propios antecedentes de la ley, no es frecuente el caso de que una persona presente a sus hijos naturales, con el carácter de tales, a sus familiares y amigos.

En el caso particular, el sentenciador al denegar la declaración de filiación natural demandada con fundamento en la posesión notoria, por no aparecer acreditadas todas las circunstancias indicadas en el artículo 397 del Código Civil, infringe esta disposición, por indebida aplicación, lo mismo que el artículo 6º de la ley 45 de 1936, por falta de aplicación.

3.—Si es cierto que el TRATAMIENTO y la FAMA de que trata el artículo 6º de la ley 45 de 1936 deben asentarse en actos del supuesto padre que aparecen señalados en la citada disposición legal, es cierto también que tratándose de la comprobación de la posesión notoria del estado de hijo natural, no es posible exigir la concurrencia de todos esos actos —subsistencia, educación y establecimiento— en el término mínimo de los diez años continuos fijados en el artículo 398 del Código Civil; a este respecto, basta anotar que exigir, por ejemplo, en relación con la educación, una duración mínima de diez años equivaldría a exigir, para la posesión notoria, un término muy superior al fijado en el mencionado artículo 398 del Código Civil.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, a veinticinco de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel)

Se decide el recurso de casación interpuesto por ambas partes contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pasto en el juicio de Matilde, Marta Cecilia y Enna o Emma Aguilera Castro contra Rafael D. Aguilera y María Zoila Victoria Aguilera de Caicedo, sobre filiación natural y petición de herencia.

Antecedentes

La demanda.—Carmela Castro, obrando en representación de sus menores hijas Matilde, Marta Cecilia y Enna o Emma Marieta Aguilera, como madre actual de éstas, en demanda contra Rafael D. Aguilera y Zoila Aguilera de Caicedo, presentada al juzgado del circuito de Túquerres, pidió que se hicieran las siguientes declaraciones y condenaciones: "**Primera.**—Que la señorita Marta Cecilia Aguilera tiene título de su calidad de hija natural, respecto de su padre natural señor Zenón Fabio Aguilera, el cual consiste en las actas de matrícula extendidas en la Escuela Normal Rural de Popayán, con fechas 26 de octubre de 1941 y 17 de octubre de 1943, las que se hallan suscritas o firmadas por su dicho padre Zenón F. Aguilera. En subsidio de la anterior petición, solicito que en la sentencia definitiva se reconozca o declare que la señorita Marta Cecilia Aguilera es hija natural del finado señor Zenón F. Aguilera. — **Segunda.** Que las señoritas Matilde y Enna o Emma Marieta Aguilera son hijas naturales del extinto señor Zenón Fabio Aguilera.— **Tercera.**—Que la señorita Marta Cecilia Aguilera, en virtud de la declaración que se haga según la primera petición de esta demanda, sea que prospere la principal o la subsidiaria, es here-

dera de su padre natural Zenón Fabio Aguilera, con exclusión de los hermanos legítimos del causante o de otros de igual derecho, o sea, que excluye a Rafael D. Aguilera y María Zoila Victoria Aguilera de Caicedo de la herencia o sucesión del causante. — **Cuarta.** Que como consecuencia de la segunda declaración solicitada en esta demanda, las señoritas Matilde y Enna o Emma Marieta Aguilera son herederas de su padre natural Zenón F. Aguilera con exclusión de los hermanos del causante Rafael D. Aguilera y María Zoila Victoria Aguilera de Caicedo. — **Quinta.** Que los demandados una vez ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este litigio, deben restituir a las señoritas Matilde, Marta Cecilia y Enna o Emma Marieta Aguilera o a quien o a quienes entre ellas se les reconociere su calidad de hija natural respecto del extinto señor Zenón Fabio Aguilera todos los bienes sucesionales o relictos, es decir, la universalidad de bienes hereditarios, así muebles, como inmuebles, semovientes, dineros, créditos, joyas, depósitos bancarios, papeles de la sucesión, sementeras, herramientas, etc., como también aquellos que retenía el causante como mero tenedor en su condición de representantes de la sucesión. En especial se condenará a los demandados, Rafael D. Aguilera y María Zoila Victoria Aguilera de Caicedo a restituír a la ejecutoria de la sentencia los bienes que paso a enumerar: (aquí la enumeración). — **Sexta.** Los demandados Rafael D. Aguilera y María Zoila Aguilera de Caicedo, considerados como poseedores de mala fe, serán condenados a restituír a las verdaderas herederas los frutos naturales y civiles producidos por todos los bienes hereditarios o relictos, no solamente los percibidos, sino los que se hubieren podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, desde que entraron en posesión de dichos bienes o por lo menos desde la notificación de la demanda, hasta la fecha que entreguen real y materialmente los bienes relictos muebles, inmuebles, semovientes, etc. — **Séptima.** Que, en caso de oposición, se les condene a pagar las costas del presente juicio". Como causales de la declaración de filiación solicitada aparecen señaladas en la demanda las establecidas en los ordinales 3º, 4º y 5º del artículo 4º de la ley 45 de 1936.

Las sentencias de instancia.—El juzgado, en fallo que, apelado por ambas partes, fue confirmado por el Tribunal Superior de Pasto, decidió:

"**Primero.** Reconócese a la señorita Marta Cecilia Aguilera, mayor de edad y vecina de este lugar, el carácter de hija natural del señor Zenón Fabio Aguilera (petición subsidiaria). — **Segundo.** Reconócese a la señorita Marta Cecilia Aguilera el carácter de heredera de su padre natural señor Zenón Fabio Aguilera, con exclusión de los hermanos legítimos del causante señores Rafael D. Aguilera y María Zoila Victoria Aguilera de Caicedo del haber herencial. — **Tercero.** Condénase a los demandados, una vez ejecutoriada esta sentencia, a restituir a la Srita. Marta Cecilia Aguilera, reconocida hija natural del extinto señor Zenón Fabio Aguilera, todos los bienes sucesionales o relictos que formen el haber herencial de esa mortuoria. — **Cuarto.** Condénase a los demandados a restituír a Marta Cecilia Aguilera los frutos naturales y civiles producidos por todos los bienes hereditarios o relictos desde la notificación de la demanda. Artículo 553 del Código Judicial. — **Quinto. Absuélvese a los demandados de los cargos formulados en la demanda en las súplicas segunda y cuarta. — Sexto.** Deniégase la petición primera de la demanda. Sin costas por no haber temeridad".

Motivos de la sentencia acusada.—Expone el sentenciador:

a) En lo que respecta a la primera petición de la demanda, **fundada en las actas de matrículas de la demandante Marta Cecilia:** "Estas actas de matrícula podrían servir de prueba para acreditar la posesión notoria del estado de hijo natural si por otra parte se extendieran al tiempo exigido por la ley, de diez años por lo menos, pero en manera alguna pueden constituír título de filiación natural". Agrega que, por otra parte, las respectivas copias fueron tachadas de falsas y después de anotar las pruebas practicadas en el respectivo incidente, concluye: "Entonces, resulta que la tacha de falsedad está probada y dichas copias no pueden ser tenidas en cuenta, fuera de que como ya quedó establecido en manera alguna pueden ser tenidas como título de filiación natural".

b) En lo concerniente a las relaciones sexuales estables y notorias: "La notoriedad de las relaciones sexuales que de acuerdo con la ley justifica una declaratoria de paternidad es la que se impone a la sociedad al vecindario, por la claridad y espontaneidad (sic) de los hechos que la establecen; la que se impone, podíamos decir, de una manera espontánea (sic) en el vecindario en virtud de claros y terminantes hechos que la justifican y es por eso que la jurisprudencia no ha admitido como capaz de sustentar una declara-

ción de esa naturaleza las relaciones sexuales que resultan conocidas en una forma que podía llamarse a escondidas, las que han sido conocidas confidencialmente, a hurtadillas o porque el hombre o la mujer que las sostienen han sido sorprendidos contra su voluntad en los hechos que las denuncian. En el presente caso las relaciones sexuales se desprenden del dicho de los íntimos amigos, de los confidentes y de los sirvientes de Zenón Fabio Aguilera; de donde hay que concluír necesariamente que con los testtimonios allegados no se ha demostrado de manera precisa y clara la notoriedad de las relaciones sexuales exigidas por la ley. O lo que es lo mismo no se ha probado la causal consagrada en el numeral 4º del artículo 4º de la ley 45 de 1936 para que las señoritas Aguilera, demandantes, puedan ser declaradas hijas naturales del que fue Zenón Fabio Aguilera". Se advierte que el tribunal no toma en consideración las declaraciones de José Erazo Oñate, Héctor Aguilera, Alberto López y Emperatriz Molina por juzgarlas carentes de imparcialidad; consideró en cambio que los demás testimonios aducidos en el juicio son admisibles.

c) **En lo referente a la posesión notoria:** "De conformidad con lo dispuesto por el artículo 397 del Código Civil y siguientes, la posesión notoria del estado de hijo se desprende de que los presuntos padres hayan tratado al hijo como tal, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente y presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos y en que éstos y el vecindario de su domicilio en general, le hayan reputado y reconocido como a tal. Además, ese estado de cosas debe haber durado un tiempo mínimo de diez años. Esa posesión notoria se establece por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable. En el caso sub-judice tenemos que aunque hay varios testigos que declaran que ante ellos Zenón Fabio Aguilera presentó a las señoritas Matilde, Marta Cecilia y Enna o Emma Marieta Aguilera como sus hijas, no aparece establecido de una manera indubitable que ese proceder hubiera tenido para con toda clase de personas y que el vecindario hubiera reputado a dichas niñas como las hijas del señor Aguilera. Es verdad que muchos testigos hablan que en lo que se relaciona a Marta Cecilia el señor Aguilera la envió al colegio a Popayán y que atendía a todos los gastos que ello demandaba, como pensión, ropa y demás, pero ninguno de los testigos habla de que ese estado de cosas se hubiera extendido por un tiempo mayor de diez años. De lo que se desprende que el dicho de los testigos no es suficiente para establecer ese estado o esa posesión notoria de hijas naturales de las señoritas Matilde, Marta Cecilia y Enna o Emma Aguilera. No puede prosperar por esta causal la declaración de hijas naturales tal como se ha demandado".

d) En lo relativo a la **confesión inequívoca de paternidad:** "Con los conceptos periciales tanto de primera como de segunda instancia se ha establecido que las cartas y papeles que obran de fls. 1º a 29 y 32 del cuaderno 4º fueron escritos de puño y letra de Zenón Fabio Aguilera; entre esas cartas se encuentran varias dirigidas a Marta Cecilia Aguilera a Popayán"; transcribe la de 20 de marzo de 1944, que termina con la frase "su padre que la quiere de veras", cita también la de 2 de abril del mismo año que termina con la frase "soy para usted su muy atento P." y anota: "no hay que perder de vista que si bien el dicho de los testigos traídos a los autos por la parte demandante no sirven para demostrar la existencia de las relaciones sexuales notorias y estables, ni la posesión notoria del estado civil de hijo natural, sin embargo, establecen una serie de indicios que contribuyen a llevar al ánimo del juzgador la convicción de que los conceptos de los peritos que verificaron los cotejos de firmas traducen la realidad de los hechos". Termina así: "De todo lo que se deja anotado se llega a la conclusión que Marta Cecilia Aguilera es la única que ha demostrado los hechos capaces de hacer que se profiera un fallo a su favor y no las demás demandantes, por lo que la sentencia dictada por el señor juez civil del circuito de Túquerres y que ha sido objeto de recurso de apelación, es legal y por lo tanto debe confirmarse".

LA CASACION

Recurso de las demandantes.—El apoderado de éstas, invocando la causal primera, acusa el fallo por los siguientes extremos:

Primero: violación de los artículos 4º, ordinales 4º, 5º, 6º y 7º de la ley 45 de 1936; y 398 y 399 del Código Civil, proveniente de errores evidentes de hecho y de derecho cometidos por el sentenciador al desestimar las declaraciones de Jorge Erazo Oñate, Héctor Aguilera, Alberto López y Emperatriz Molina.

Segundo: violación, por errónea interpretación del artículo 4º, ordinal 4º de la ley 45 de 1936.

Tercero: violación del artículo 4º, ordinal 4º de la ley 45 de 1936 proveniente de manifiestos errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas referentes a las relaciones sexuales estables y notorias entre Zenón Fabio Aguilera y Carmela Castro, durante el tiempo a que se refiere la mencionada disposición.

Cuarto: violación de los artículos 397 del Código Civil, por aplicación indebida al caso del pleito y 6º de la ley 45 de 1936, por haberlo dejado de aplicar, siendo el caso de hacerlo.

Quinto: violación, por errónea interpretación, de los artículos 6º de la ley 45 de 1936 y 398 del Código Civil.

Sexto: violación de los artículos 4º, primer inciso del ordinal 5º, 6º y 7º de la ley 45 de 1936 y 398 y 399 del Código Civil, proveniente de manifiestos errores de hecho y de derecho cometidos por el sentenciador en la apreciación de las pruebas relativas a la posesión notoria del estado de hijas naturales invocada por las demandantes.

Séptimo: violación del artículo 4º, ordinal 3º de la ley 45 de 1936 proveniente de errores de hecho y de derecho en que incurrió el sentenciador en la apreciación de pruebas que contienen confesión inequívoca de paternidad.

Recurso de los demandados.—El apoderado de éstos, con base en la causal primera, formula contra el fallo los siguientes cargos:

Primero violación de los artículos 401 a 404 del Código Civil y 7º de la ley 45 de 1936 por haberse declarado a Marta Cecilia como hija natural de Zenón Fabio Aguilera en juicio ordinario adelantado, no contra éste, sino contra los herederos legítimos.

Segundo: violación del artículo 4º de la ley 45 de 1936 por errores cometidos en la estimación de las pruebas de cotejo practicadas en las instancias; tales pruebas según el recurrente se produjeron con desconocimiento de los artículos 715 y 716 del Código Judicial.

Tercero: violación del artículo 4º de la ley 45 de 1936, ordinal 3º, por error de derecho cometido por el sentenciador al aplicar el resultado de la prueba de cotejo los artículos 722 y 723 del Código Judicial, con violación de lo dispuesto por el artículo 656 de la misma obra.

Cuarto: violación por aplicación indebida del artículo 4º, ordinal 3º de la ley 45 de 1936 por errores de hecho en la estimación de las pruebas que, según el tribunal, corroboran la de cotejo.

Quinto: violación por aplicación indebida, del ordinal 3º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, como consecuencia de error de hecho en la apreciación de la carta de 20 de marzo de 1944.

Sexto: violación del artículo 4º de la ley 45 de 1936, por cuanto el sentenciador deduce la confesión inequívoca de paternidad no de una carta sino de varios indicios.

EXAMEN DE LOS CARGOS

Como la Corte encuentra fundados los cargos cuarto y quinto formulados por el recurrente demandante, queda dispensada de examinar los restantes; y en lo que respecta al recurso de los demandados, sólo le corresponde considerar el primero de los cargos propuestos por éstos, o sea el de violación de los artículos 401 a 404 del Código Civil y 7º de la ley 45 de 1936, sobre el cual basta anotar que esta corporación, en sentencia de 1º de octubre de 1945, decidió que la acción de filiación natural puede promoverse después de muerto el padre contra los herederos, doctrina confirmada en numerosas decisiones y en la cual persevera, ya que no encuentra motivos para cambiarla.

En consecuencia, se procede a examinar los cargos del recurrente demandante a que antes se hizo mención.

A) Como se ha visto, en la sentencia acusada se expresa: "De conformidad con lo dispuesto en el artículo 397 del Código Civil y siguientes, la posesión notoria del estado de hijo se desprende de que los presuntos padres hayan tratado al hijo como tal, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente y presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos y en que éstos y el vecindario de su domicilio en general, le hayan reputado y reconocido como a tal... En el caso **sub judice** tenemos que aunque haya varios testigos que declaran que ante ellos Zenón Fabio Aguilera presentó a las señoritas Matilde, Marta Cecilia y Enna o Emma Marieta Aguilera como sus hijas no aparece establecido de una manera indubitable que ese proceder lo hubiera tenido para con toda clase de personas y que el vecindario hubiera reputado a dichas niñas como las hijas del señor Aguilera..."

Sobre lo cual dice el recurrente:

"Pero sucede señores magistrados que el precitado artículo 397 del Código Civil, que invoca el tribunal no es, ni mucho menos, el que rige la 'notoria posesión del estado de hijo natural'; ni su contenido es idéntico al del artículo 6º de la ley 45 de 1936 que es el exactamente aplicable, para que pudiera pensarse en simple error de cita". Después de anotar las diferencias que existen entre los dos textos legales citados, concluye: "Luego al descalificar el tribunal la posesión notoria invocada por mis poderdantes, por no aparecer que su padre don Zenón Aguilera las hubiera presentado como hijas a toda clase de personas ni que el vecindario de su domicilio las hubiera reputado como tales, según lo prevenido por el artículo 397 del C. C. para los hijos legítimos, violó —por aplicación indebida— dicho precepto, y quebrantó asimismo —por no haberlo aplicado— el 6º de la ley 45 de 1936".

B) Por otra parte, el recurrente, después de transcribir los artículos 6º de la ley 45 de 1936 y 398 del Código Civil expone: "Al referirse la sentencia a estas previsiones (aceptada la primera como simple hipótesis), relaciona los hechos de donde puede deducirse la notoria posesión de estado, para concluír luego: que 'ese estado de cosas debe haber durado un tiempo mínimo de diez años'; que la presentación de hijas que hacía don Zenón de mis poderdantes, 'no aparece indubitable que... lo hubiera tenido para con toda clase de personas y que el vecindario hubiera reputado a dichas niñas como las hijas del señor Aguilera'; y que, aun cuando muchos testigos hablan que la señorita Marta fue matriculada y sostenida por don Zenón en un colegio de Popayán, a ninguno de ellos consta 'que ese estado de cosas se hubiera extendido por un tiempo mayor de diez años'. De donde resulta, en armonía con el criterio del tribunal, lo siguiente: a) que la notoria posesión de estado solamente se puede establecer a través de los actos de suministro, educación y establecimiento que menciona la ley; b) que dichos actos deben ser concurrentes, de modo que si falta alguno, ya no puede existir la referida posesión; y c) que tanto esos actos como la fama, deben haber durado diez años continuos por lo menos. Y este criterio de interpretación es, a mi juicio, totalmente equivocado".

La Corte considera:

Que el artículo 7º de la ley 45 de 1936 señala las disposiciones del Código Civil aplicables en los casos de filiación natural y que entre ellas no se encuentra la del artículo 397 de dicho Código.

Que el artículo 6º de la citada ley expresa en qué consiste la posesión notoria del estado de hijo natural y que entre esta disposición y la del artículo 397 del Código Civil existen varias diferencias entre las cuales debe anotarse la referente a la presentación del hijo por el padre, con el carácter de tal, a los deudos y amigos, condición no exigida por la citada disposición de la ley 45, diferencia ésta claramente explicable comoquiera que, según se expresa en los propios antecedentes de la ley, no es frecuente el caso de que una persona presente a sus hijos naturales, con el carácter de tales, a sus familiares y amigos.

Que por consiguiente, el sentenciador al denegar la declaración de filiación natural demandada con fundamento en la posesión notoria, por no aparecer acreditadas todas las circunstancias indicadas en el artículo 397 del Código Civil, infringe esta disposición, por indebida aplicación, lo mismo que el artículo 6º de la ley 45 de 1936, por falta de aplicación.

Que si es cierto que el tratamiento y la fama de que trata el artículo 6º de la ley 45 de 1936 deben asentarse en actos del supuesto padre que aparecen señalados en la citada disposición legal, es cierto también que tratándose de la comprobación de la posesión notoria del estado de hijo natural, no es posible exigir la concurrencia de todos esos actos: subsistencia, educación y establecimiento en el término mínimo de los diez años continuos fijado en el artículo 398 del Código Civil; a este respecto, basta anotar que exigir, por ejemplo, en relación con la educación, una duración mínima de diez años equivaldría a exigir, para la posesión notoria, un término muy superior al fijado en el mencionado artículo 398 del Código Civil.

Que, por tanto, al expresar el sentenciador que no puede tomarse en cuenta el hecho de la educación de una de las demandantes por no haber durado los diez años de que habla el artículo 398 del Código Civil, quebranta por este aspecto y por errónea interpretación, esta disposición, así como la del artículo 6º de la ley 45 de 1936.

Debe en consecuencia la Corte casar el fallo acusado y proferir la sentencia de instancia que corresponda.

SENTENCIA DE INSTANCIA

Se considera:

Primero: Declararon en el juicio:

Luis Benavides Santander: "...por la confianza y amistad íntima que yo tenía con Zenón y por las referencias que éste me hacía supe de las relaciones sexuales que tenía con Carmela Castro; pues muchas veces que yo iba a esa casa los encontraba a Zenón y a Carmela ocupando el mismo lecho como marido y mujer, pero yo no presencié el acto carnal, ya que esos actos se los practica ocultamente y sin testigos, a no ser que mi contrainterrogante doctor López Portilla tenga costumbre de presenciarlos... Por la gravedad del juramento rendido manifiesto que conocí personalmente al extinto señor Zenón Fabio Aguilera, como también conozco a Carmela Castro. El primero vecino que fue del municipio de Sapuyes y la Castro de Túquerres. Por ese conocimiento afirmo a ciencia cierta lo siguiente: que los dichos Aguilera y la Castro cultivaron y mantuvieron por largos años, desde antes de 1916 para adelante, relaciones de intimidad, semejantes a las de marido y mujer, es decir, que tuvieron notoriamente relaciones sexuales amorosas durante muchos años; que es verdad que esas relaciones trascendieron al público y fueron notorias, debido a que se los veía andar juntos, prodigarse consideraciones de amantes y especialmente porque durante ese tiempo en que vivieron en relaciones de amantes procrearon varios hijos, que ahora responden a los nombres de Marta Cecilia, Matilde y Enna o Emma Aguilera, además de un hijo varón que se les murió... Por haber presenciado los hechos y por ser íntimo amigo de Zenón manifiesto que es cierto que Marta Cecilia, Matilde y Enna o Emma Aguilera, desde que nacieron al amparo de su padre natural Zenón Fabio Aguilera vivieron en plena posesión notoria del estado de hijas naturales de Zenón Fabio Aguilera y Carmela Castro, pues que siempre trataron estas niñas a Zenón como a su padre en las relaciones familiares y de amistad, y a su vez Zenón les dio a ellas trato de hijas, presentándolas con ese carácter ante amigos y vecinos en general. Para hacer esta afirmación debo advertir que Zenón mandaba con frecuencia víveres de toda clase para la alimentación de sus hijas y todo lo indispensable para su subsistencia... Es cierto que yo he vivido dedicado a mis trabajos ordinarios y sin interesarme por la vida ajena y nunca anduve tras de Zenón. Por la amistad estrecha e íntima que tuve con él nos visitábamos frecuentemente y éramos amigos de andanzas, yo iba a su casa y él a la mía, y en esas manifestaciones de amistad, Zenón me contaba sus relaciones amorosas sexuales con Carmela Castro, y además, con la caballerosidad que le era peculiar me manifestaba que Marta Cecilia, Matilde, Enna o Emma Aguilera eran fruto de esas relaciones y por lo mismo sus hijas naturales. Es verdad que Zenón era muy generoso, hombre serio y a nadie trataba de 'mis chinos', 'mis queridos', 'mis hijos' o 'mis hijas' o expresiones por el estilo... Es cierto que Zenón Fabio Aguilera proveyó durante largos años a la crianza, educación, vestuario de Marta Cecilia, Matilde y Enna o Emma Aguilera. Desde el año 1916 Zenón Aguilera tuve (sic) relaciones sexuales con Carmela Castro hasta que murió y en cuanto a la educación recuerdo que me contó en una ocasión que a sus hijas por ser naturales no las recibían en el colegio de las Madres Salesianas y que él las iba a educar, que los mejores educadores eran los libros refiriéndose a la educación del hogar. A Marta Cecilia la mandó a educar a un colegio de Popayán". (C. número 8, fls. 33 v. y 34).

En relación con este declarante se observa que en carta fechada el 25 de mayo de 1925, que aparece dirigida por Zenón Fabio Aguilera a Carmela Castro se lee: "...sea ésta pues la ocasión para mostrarte mi voluntad sobre aquel 'bautizo' en caso de tener yo participación en el 'recién venido': si éste es hombre, lo apadrinará Luis Benavides Santander y si es mujer la esposa de Luis, porque según me han dicho ya se ha casado con la Tulia; y ni debes esperar a domingo sino hacerlo pronto. El nombre será Aníbal para lo primero y Matilde para lo segundo". (C. número 4, fl. 4). Se observa además que Matilde fue bautizada el día 5 de julio de 1925. (C. número 1, fl. 1).

Alonso Moncayo: "Es positivo que hace más de veinte años conocí personalmente a los señores Zenón Fabio Aguilera y Carmela Castro y por ese conocimiento me consta que... tuvieron relaciones íntimas de amistad por espacio de más de veinte años hasta la propia fecha del fallecimiento de Zenón Fabio Aguilera ocurrida en Túquerres... Es cierto que de las relaciones amorosas maritales y sexuales entre los mencionados Carmela Castro y Zenón Fabio Aguilera,

nacieron las hoy Sritas. Marta Cecilia, Matilde y Enna o Emma Aguilera, a quienes su padre Zenón Fabio Aguilera me las presentó como a sus propias hijas, las atendía suministrándoles gastos de alimentación, vestuario y educación; me consta que a Marta Cecilia que es la ahijada mía y de Elisa Benavides de Moncayo, la llevó personalmente a educarla a la ciudad de Popayán a donde las monjas Salesianas de ese lugar; habiendo adquirido ésta su hija el título de institutora en dicho plantel. Es cierto que fue de pública fama aquí en Túquerres, que Zenón Fabio Aguilera y Carmela Castro vivieron como marido y mujer por más de veinte años, y por esta circunstancia las señoritas Matilde, Marta Cecilia y Emma o Enna Aguilera siempre fueron conocidas y reputadas como hijas naturales de Zenón Fabio Aguilera por el vecindario en general... Es verdad que el señor Zenón Fabio Aguilera, después de haber nacido la hoy señorita Marta Cecilia Aguilera, me escribió una carta designándome como padrino en compañía de mi esposa... Ese padrinazgo lo aceptamos y concurrimos al acto religioso, y luégo fuimos a la casa de Carmela Castro en donde se celebró una reunión con los amigos... y en ella estuvo el señor Zenón Fabio Aguilera apersonándose y haciendo las veces de padre; demostrando alegría y placer...". (C. número 8, fls. 197 a 199).

Se advierte que este testigo figura como padrino de Marta Cecilia Aguilera en la respectiva partida de nacimiento. (C. número 1, fl. 1).

Diógenes Fajardo: "Es verdad que conocí por espacio de unos veinte años más o menos a los señores Zenón Fabio Aguilera y Carmela Castro y por este conocimiento puedo asegurar porque fue de conocimiento general en Túquerres que estos expresados señores tuvieron relaciones íntimas de amistad, también materiales, entendiéndose por materiales que vivieron, aun cuando no continuamente, bajo un mismo techo, esto por espacio de unos veinte a veinticinco años, más o menos, sin constarme si fue hasta la fecha del fallecimiento del señor Zenón Fabio Aguilera, ya que en esa época me encontraba ausente de Túquerres... Tengo la seguridad de que las señoritas Matilde, Marta Cecilia y Emma Marieta Aguilera son hijas del señor Zenón F. Aguilera por cuanto en conversaciones que tuvimos con amigos el señor Aguilera aseguró que las dichas señoritas eran hijas de él y así las presentaba en la sociedad, suministrándoles además, gastos para su educación, alimentación, vestuario, sabiendo por referencias que el señor Aguilera las llevaba a las mentadas señoritas a sus fincas, sabiendo por la misma causa, que la llevaba en su compañía a Carmela Castro... Es verdad que fue de dominio público que el señor Zenón Fabio Aguilera y Carmela Castro vivieron como marido y mujer en Túquerres por más de veinte años y por este motivo las señoritas Matilde, Marta Cecilia y Emma Marieta Aguilera siempre fueron conocidas y reputadas como hijas naturales de Zenón Fabio Aguilera por el vecindario en general... Es verdad que cuando en el mes de octubre de 1941 el señor Aguilera fue a Popayán a presentar o mejor dicho a matricular a la señorita Marta Cecilia a la Normal Rural de Popayán, el señor Aguilera la presentó ante los testigos y ante la propia escuela como a su propia hija.... También es verdad, que cuando la señorita Marta Cecilia permaneció tres años en la Escuela Normal Rural de Popayán, todos los gastos los hizo el señor Zenón Fabio Aguilera, todo esto me consta, precisamente por haber sido yo en esa época el acudiente de la mencionada señorita, habiendo hecho yo todos esos gastos, porque el señor Aguilera me enviaba los dineros, o le prestaba y luégo cancelaba Aguilera por intermedio de la casa Mettler de Túquerres... No me consta haber presenciado los alumbramientos de las mencionadas señoritas, pero puedo asegurar que son hijas de Aguilera por el dominio público que existe en Túquerres y en la sociedad en general donde fue presentada". (C. número 8, fls. 78 v. y 79 v.).

Pueden verse en relación con este declarante las cartas dirigidas por él a Zenón Fabio Aguilera (C. número 4, fls. 30, 31, 33 y 34), y la carta de Aguilera a Fajardo (fl. 32 ibidem), así como los recibos de Mettler y Cía. (fls. 35 y siguientes ibidem).

Rosendo Mora: "...Cuando era muchacho fui criado por don Zenón Aguilera, y como era natural, era íntimo de este señor y de Carmela Castro, porque frecuentaba las casas de ésta y por eso conocí la vida íntima de ella... por ello me consta que mantuvo relaciones íntimas por muchos años con Carmela Castro siendo aquél soltero... Es cierto que de las relaciones maritales habidas entre Zenón Fabio Aguilera y Carmela Castro que duraron más o menos veinte años, nacieron las señoritas Matilde, Marta Cecilia y Enna Aguilera, a quienes el padre Zenón Agui-

lera reconoció como sus propias hijas... Asimismo es cierto que yo siempre reconocí a Carmela Castro como la amante de Zenón Aguilera... Es verdad que tanto yo como otros seirvientes de don Zenón Aguilera, hicimos repetidos viajes de la finca de éste a la casa de Carmela Castro trayendo cargas de papa, cebada y otros víveres que aquél enviaba a Carmela Castro para su alimentación y la de sus hijas... Don Zenón Aguilera me ordenaba que fuera a los trojes y llenara tres cargas de papas y se las trajera a Carmela Castro y sus hijas, pero no en venta sino por razón de sus relaciones y porque tenía sus hijas en esa mujer... Es cierto que de las relaciones maritales habidas entre Zenón Fabio Aguilera y Carmela Castro que duraron más de veinte años, nacieron las señoritas Matilde, Marta Cecilia y Emma Aguilera, a quienes el padre Zenón Aguilera las reconoció como sus propias hijas, presentándolas como tales en público, les enviaba víveres para su alimentación, las llevaba a pasar largas temporadas a sus haciendas o fincas; ...es verdad que Aguilera les entregaba dinero a sus hijas... y en otras ocasiones les mandó dinero con el suscrito declarante, sin saber qué cantidades porque iban en sobre cerrado". (C. número 8, fls. 29 v. y 30).

Se advierte que a "Rosendo" se refiere Zenón Fabio Aguilera en algunas de las cartas a Carmela Castro. "...es para decirte que mañana sin falta alguna lo mandes a Rosendo para que lleve dos bestias una para que vengas tú y otra para él y te traiga, pero entiéndeme lo mandas mañana es al Rosendo no es a otro, este pisco más o menos es de confianza y ha viajado contigo..." (C. número 4, fl. 9). "...me haces el servicio de verlo en todo caso al Rosendo y tenerlo allí mañana que es jueves por la noche que a cualquier hora puedo ir; como digo a cualquier hora para que me asegure la bestia, tú sabes que eso es mortificante y también te anticipo para que no tengas a nadie en el rincón..." (fl. 25 ibidem).

Rodolfo Medina: "...yo presté mis servicios como peón al señor Zenón Fabio Aguilera y hacía todos los mandados que él me ordenaba y por esa circunstancia me consta que el señor Zenón Fabio Aguilera mantuvo relaciones íntimas, como casada, con Carmela Castro, por muchos años, siendo soltero don Zenón... Como sirviente del finado Zenón Aguilera manifiesto además que él por repetidas veces le mandaba de la hacienda 'La Alegría' a Carmela Castro varias cargas de papa, y cuando esta señora se encontraba de dieta le mandaba dejar cada vez un borrego... Es cierto que yo como peón de Zenón Fabio Aguilera y por orden de él venía a Túquerres a casa de Carmela Castro con cargas de papas, quesos, huevos y quesillos, víveres que don Zenón le enviaba cada mes o cada quince días para la alimentación de Carmela y de sus hijas.... Es cierto que las relaciones maritales entre Zenón Fabio Aguilera y Carmela Castro perdurarón por más de veinte años, y que de esas relaciones nacieron las señoritas Matilde, Marta Cecilia y Enna Marieta Aguilera, a quienes el señor Aguilera reconoció en todo tiempo como a sus propias hijas" (fls. 39 y 40, C. número 8).

Se observa que en una de las cartas que figuran en autos se lee: "Por no haber estado Rodolfo no la he mandado más antes. Hoy te entregará una carga de papas, lo mismo que te incluyo en ésta veinte pesos de ley ($ 20 plata)..." (C. número 4, fl. 4).

Julio Martínez: "Por los informes que tuve de Aguilera y de la Castro supe que de esas relaciones amorosas entre los dos, nacieron las hoy señoritas Matilde, Marta Cecilia y Emma Aguilera, a quienes don Zenón reconoció en todo tiempo como sus propias hijas, pues las presentaba como a sus hijas ante cualquiera persona o amigo que iba a la casa; les enviaba víveres para su alimentación, y las llevaba a pasar temporadas a sus fincas.... A Carmela Castro los sirvientes de don Zenón la considerábamos como su amante y como patrona porque ella llegaba a ordenar y don Zenón nos ordenaba que la considerarámos como a su mujer... El finado Zenón mandó a la niña Cecilia a educar a Popayán por su cuenta, y cuando regresó, yo en compañía de Manuel Oliva, nos fuimos a encontrarla a la Cofradía llevando una mula para traer las petacas. A ese encuentro fue también don Zenón y la llevamos a la finca de 'San Rafael' en donde estuvo unos tres meses más o menos hasta que murió don Zenón". (C. número 8, fls. 52 y v.).

Luciano Martínez O.: "...A mí no me consta que las señoritas Marta Cecilia, Matilde y Enna Aguilera hayan recibido el amparo de su padre natural que se dice fue el señor Fabio Zenón Aguilera pero la posesión notoria del estado de hijas naturales de Zenón F. Aguilera y Carmela Castro sí fue pública y conocida por cuanto dichas señoritas lo trataban a Aguilera como a pa-

dre y él les daba el trato de hijas y las presentaba a sus amigos como hijas de él... No me consta que Zenón Fabio Aguilera haya proveído durante largos años la crianza, educación y vestuario de Marta Cecilia, Matilde y Enna Aguilera. Pues al respecto sí puedo afirmar que el señor Aguilera la fue a dejar a la escuela normal de Popayán a la señorita Marta Cecilia Aguilera para que se eduque... Es verdad que Carmela Castro ha tenido y tiene su residencia en Túquerres, donde vive con las señoritas Marta Cecilia, Enna y Matilde Aguilera, donde venden aguardiente, sin constarme si viva o haya vivido hombre alguno reputado como compañero o marido de la Castro; no sé si todo mundo la haya reputado como mujer libre de compromisos con hombre determinado, pues era de dominio público que la Castro dependía o la manejaba Zenón Aguilera, como su muchacha o moza. Tampoco he presenciado cohabitaciones algunas, pero voz general era que las señoritas ya relacionadas eran hijas de Aguilera y así han sido conocidas". (C. número 8, fl. 155).

Daniel Benavides: "...según el decir de las gentes aquéllos mantuvieron por largos años relaciones de intimidad, es decir a las de marido y mujer y fue de dominio público que entre ellos procrearon hijos que responden a los nombres de Marta Cecilia, Matilde y Enna, vecinas de Túquerres; pues, el mismo señor Aguilera decía que éstas eran sus hijas... Es verdad que desde que nacieron Marta Cecilia, Matilde y Enna o Emma Aguilera, como se apellidan, sin saber a qué amparo nacieron, vivieron en plena posición (sic) de hijas naturales de Zenón Fabio Aguilera y Carmela Castro, puesto que dichas señoritas lo trataban en público y en privado como a su padre y Zenón Aguilera las reconocía como a tales, presentándolas ante la sociedad... Es verdad que Carmela Castro con las señoritas Marta Cecilia, Matilde y Enna o Emma, vivieron y viven en Túquerres, en donde siempre han atendido con sus ventas de licores, sin constarme de que allí en la casa hayan o no vivido en compañía de algún hombre reputado como compañero o marido de la Castro, sin constarme que dicha Castro haya tenido compromisos con hombre determinado; pues según era de dominio público, como tengo dicho, se decía que Aguilera Zenón tenía relaciones íntimas con la prenombrada Castro. Repito que según el dicho del que fue señor Zenón Aguilera, las antes citadas señoritas, son hijas de éste o sea de Aguilera y así se las ha considerado y se las tiene como a tales". (C. número 8, fls. 156 y v.).

Leonidas Mafla: "....Conocí al señor Zenón Fabio Aguilera —ya finado— y es verdad que hará el espacio de veinte años más o menos que yo presté servicios a dicho señor ya sea como jornalero, luégo de vaquero y últimamente de mayordomo en las propiedades que tenía en este Municipio, denominadas 'San Vicente', 'San Rafael' y 'Tres Esquinas'; y por esto me consta que el finado señor Zenón Fabio Aguilera mantuvo relaciones íntimas por muchos años con Carmela Castro, siendo soltero dicho señor Aguilera... Es verdad que por varias ocasiones y mandado por mi patrón de ese entonces señor Aguilera, fui a dejar a Túquerres y a su amante Carmela Castro, cargas de papas, cebada y maíz, seguramente para alimentación de ella y sus hijas... Sí me consta que a raíz de las relaciones íntimas o maritales entre Zenón Fabio Aguilera y Carmela Castro que duraron por veinte años o más, nacieron las señoritas Matilde, Marta Cecilia y Emma, el apellido Aguilera solía ponérselo la niña Marta... No será por demás aclarar que el tiempo de los veinte años o más es el tiempo que permanecí en tales propiedades del señor Zenón Fabio Aguilera". (C. número 8, fls. 169 y v.).

Se observa que en una de las cartas a Carmela Castro se dice que "Leonidas lleva para tí unas papas...". (C. número 4, fl. 9).

Rafael Guerrero: "Conocí personalmente de trato y de comunicación constantes a Zenón Fabio Aguilera y... Carmela Castro... en forma que conservaban relaciones íntimas como las que se presentan entre marido y mujer, pues me consta que dormían en una misma cama... y desde que yo fui amigo con Zenón Fabio Aguilera sabía que no eran casados, pero mantenían relaciones amorosas como marido y mujer, prestándose mutuamente toda clase de cuidados y consideraciones, y a base de esa unión o amistad como si fueran casados tuvieron como hijos propios a Marta Cecilia, Matilde y no recuerdo el nombre de la última... Yo ví a Carmela Castro en estado de preñez por varias ocasiones y después cuando ya eran bautizadas esas niñas, me las presentaban como hijas... Es evidente que las señoritas Marta Cecilia, Matilde y Enna o Emma Aguilera eran tratadas como hijas por Zenón Fabio Aguilera y Carmen o Carmela Castro

y públicamente ante la sociedad las presentaba como sus hijas, pues, tanto es que Zenón Fabio Aguilera y Carmela Castro donde estaban allí las presentaban como hijas, tanto Zenón como Carmela y no sólo en Túquerres sino cuando iban a la hacienda de Tatambud y a la del puente de Sapuyes, de modo que todos los que las conocían las respetaban como a hijas de Zenón Fabio Aguilera". (C. número 8, fls. 208 a 309).

Rosario de Fajardo: "Es verdad que cuando el señor Zenón Fabio Aguilera fue a Popayán en 1941, dicho señor me presentó a la señorita Marta Cecilia Aguilera como hija legítima suya... su padre Zenón Fabio Aguilera atendía a todos los gastos que demandaba su educación; esto lo puedo afirmar porque mi esposo señor Diógenes Fajardo fue el acudiente y en su carácter de tal hacía los pagos correspondientes... Manifiesto además, que si nosotros guardáramos la carta que dirigía el señor Aguilera, no habría pleito alguno, pues él reconocía a sus hijas como legítimas y las trataba con todo confort". (C. número 8, fls. 81 y v.).

José H. Bravo Calderón: "Según el decir de las gentes aquéllos (Zenón y Carmela) mantuvieron por largos años relaciones de intimidad, es decir, a la de marido y mujer, y fue del dominio público que entre ellos procrearon hijos que responden a los nombres de Marta Cecilia, Matilde y Enna, vecinas de Túquerres...". (C. número 8, fl. 157 v.).

Gonzalo Telac: "Conozco a Marta Cecilia, Matilde y Enna Aguilera vecinas de Túquerres. Según el decir del público son hijas de Zenón Aguilera y Carmela Castro". (C. número 8, fl. 158 v.).

Carlos Benavides Guerrero: "Contesto sin ninguna equivocación que Carmela Castro y Zenón Aguilera vivieron en amancebamiento público hasta que murió Zenón Aguilera y añado que de los hijos de Zenón Aguilera existen Matilde, Marta Cecilia y Marieta hijas todas reconocidas de Zenón Aguilera. Añado además que fui muy confidente con Zenón Aguilera y que afirmo a fe de juramento que las hijas de Carmela Castro son hijas de Zenón Aguilera. No quiero añadir más porque los hechos relacionados con la vida íntima de personas que tienen esa clase de enlaces nadie los ve pero el resultado final consta públicamente... Que es verdad que de las relaciones ilícitas entre Zenón Aguilera y Carmela Castro salieron las indicadas hijas, sin que haya nadie en Túquerres que pudiera afirmar que no son de ellos. Por el contrario sostengo a fe del juramento, que esas niñas son hijas naturales de Zenón Aguilera, mi íntimo amigo... les suministraba todos los menesteres de un verdadero padre de familia en favor de Carmela Castro y de su progenie. Zenón Aguilera fue un poco más amplio cuando tuvo que viajar a la ciudad de Popayán para educar a una de sus hijas y me tocó recomendarlo ante un instituto de Popayán. Allí matriculó a una hija que llevó como hija legítima de Zenón Aguilera y Carmela Castro". (C. número 4, fl. 68).

Se advierte que con posterioridad a la fecha en que fue rendida esta declaración, el Tribunal Superior de Pasto declaró nulo lo actuado en el juicio y que no aparece en autos ratificación de tal declaración.

Segundo. — En relación con las declaraciones transcritas, se observa: a) que no es idéntico el texto de ellas, circunstancia digna de tomarse en consideración comoquiera que aleja la posibilidad de conciertos fraudulentos; b) que cada testigo expone datos y relaciona hechos particulares a su testimonio; c) que los testigos fueron sometidos a severos contrainterrogatorios formulados por el apoderado de la parte demandada; d) que algunos de los declarantes se refieren a la larga duración que tuvieron las relaciones sexuales entre Zenón F. Aguilera y Carmela Castro, hecho éste de indudable significación ya que fue durante el tiempo en que existieron tales relaciones cuando se realizaron los actos demostrativos de posesión notoria relatados por los declarantes, y e) que finalmente hay concordancia entre todas las declaraciones por lo que hace al hecho fundamental de la posesión notoria invocada en la demanda.

Tercero.—En lo que respecta a las cartas que se encuentran en el cuaderno número 4, folios 1 y siguientes considera la Corte que aparece demostrada su autenticidad. Cierto es que la prueba de cotejo es incompleta pero cierto es también que tal prueba aparece confirmada con los demás elementos probatorios aducidos en el juicio, como lo observa el tribunal en el fallo acusado.

Cuarto.—Lo anteriormente expuesto lleva a la Corte a la plena convicción de que aparece de-

mostrada, por parte de todas las demandantes, la causal quinta del artículo cuarto de la ley 45 de 1936. Por lo que hace a Marta Cecilia Aguilera considera que quedó comprobada, además, la causal tercera de la citada disposición legal; sobre este punto comparte las conclusiones del tribunal.

En mérito de las consideraciones anteriores la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley:

1º—Casa la sentencia acusada.

2º—Reforma la sentencia de primera instancia que en consecuencia quedará así:

a) Declárase que Matilde, Marta Cecilia y Enna o Emma Aguilera son hijas naturales de Zenón Fabio Aguilera y herederas de éste con exclusión de los hermanos legítimos Rafael D. Aguilera y María Zoila Victoria Aguilera de Caicedo.

b) Condénase a los demandados a restituir a las demandantes todos los bienes de la sucesión de Zenón F. Aguilera.

c) Condénase a los demandados a restituir las demandantes los frutos naturales y civile producidos por los bienes hereditarios a parti de la notificación de la demanda. El respectiv valor se fijará por el procedimiento establecid en el artículo 553 del Código Judicial.

d) Deniéganse las demás peticiones de la de manda.

e) Sin costas.

3º No hay lugar a costas en el recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al tribunal de origen.

Alberto Zuleta Angel — Ignacio Gómez Posse

Agustín Gómez Prada—Luis F. Latorre U.—Ernesto Melendro Lugo, Srio.

LA CORTE REITERA LA DOCTRINA SOBRE PRESUNCION DE VALIDEZ DEL TESTAMENTO. — VALIDEZ DE UNA ASIGNACION TESTAMENTARIA EN FAVOR DE UN ESTABLECIMIENTO QUE NO ES PERSONA JURIDICA

1.—La Corte reitera la doctrina constante sobre presunción de la validez del testamento otorgado ante Notario, susceptible de ser desvirtuada únicamente por medio de una prueba incontrastable. No basta que los testigos afirmen que no conocen el interior de la morada donde fue otorgado el testamento, o simplemente, que no estuvieron allí, y aún más: que no firmaron; porque entre lo que dicen ellos y aquello de que da fe el Notario, se debe estar a lo último, ya que en este funcionario deposita la ley la fe pública respecto de los actos y contratos que ante él pasan, según el artículo 2576 del C. C. De manera que si el Notario da fe de que los testigos concurrieron, ha de tenerse tal afirmación por cierta, mientras no se destruya mediante una prueba fehaciente.

2.—Al ser estimada en instancia una prueba sobre la aptitud mental del testador, bien pudieron producirse dudas y vacilaciones en el juez; mas, en la alternativa de hallarla o no suficiente para acreditar la falta de esa aptitud, se decidió por lo último, sin que por ello hubiese desatendido la evidencia del hecho contrario. Es cierto que algunos elementos de esa prueba pueden enderezarse a establecer la ineptitud mental de la testadora, pero de allí, a probar plenamente ese estado —como es de rigor— hay un abismo que no puede salvarse en casación sino con el auxilio de los errores de hecho o de derecho en que hubiese incurrido el sentenciador.

3.—Si la última voluntad de la causante se expresa en el sentido de asignar sus bienes todos a una obra de beneficencia que está en funcionamiento, no es necesario esfuerzo alguno para descubrir que allí se encuentra el nítido propósito de atribuir un patrimonio al logro de finalidades benéficas de interés social. Y esto marca el comienzo de la existencia de una persona jurídica, como base suficiente en derecho para la capacidad legal de recibir con validez plena asignaciones testamentarias de beneficencia. Porque si para ser capaz de suceder es necesario existir a tiempo de abrirse la sucesión, salvo lo que la ley exceptúe; y si son incapaces de toda herencia o legado las cofradías, gremios o establecimientos cualesquiera que no sean personas jurídicas, es también conforme a derecho que las asignaciones a personas que a tiempo de abrirse la sucesión no existan, pero se espera que existan, no se invaliden por esta causa si existieren dichas personas antes de expirar los treinta años subsiguientes a la apertura de la sucesión; del propio modo que si la asignación tuviere por objeto la fundación de una nueva corporación o establecimiento (máxime si es de beneficencia), podrá solicitarse la aprobación legal, y obtenida ésta (para lo que hay hasta treinta. años) valdrá la asignación (artículos 1019 y 1020 del Código Civil).

4.—Si basta, pues, un principio de existencia de las personas para convalidar las asignaciones en favor de quienes no tengan todavía plena capacidad para recibir por sucesión; si en concreto la testadora dispuso que su patrimonio se atribuyera a continuar la obra de beneficencia que, en vida, fue el ideal y el propósito determinado de sus preocupaciones y esfuerzos, el establecimiento, que aparece en el pensar y sentir de la testadora como si esa institución ya hubiese penetrado a la realidad de la existencia con el carácter de persona jurídica; y si en el mantenimiento y vigor de tales obras hay intereses de la sociedad, celosamente defendidos por la ley, carece de base plausible cualquiera alegación tendiente a que se anule la cláusula testamentaria que dota de un patrimonio al dicho establecimiento. Debe encontrarse allí, por el contrario, la voluntad clara y manifiesta de que un establecimiento de beneficencia, operante en los hechos obtenga su consagración como persona jurídica, sin mengua de las bases generales expresadas por la testadora, para que en la práctica pueda gozar de los bienes asig-

nados a una destinación concreta de interés general, como fluye espontáneamente del querer de la causante.

5.—No importa que las bases generales para organizar la persona jurídica sean incompletas, porque el régimen atinente a la materia, es flexible y adecuado a llenar todos los vacíos, puesto que en conformidad con el artículo 650 del Código Civil, las fundaciones de beneficencia que hayan de administrarse por una colección de individuos, se regirán por los estatutos que el fundador les hubiere dictado; y si el fundador no hubiere manifestado su voluntad a este respecto, o sólo la hubiere manifestado incompletamente, será suplido este defecto por el Presidente de la República.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena de Casación Civil.—Bogotá. noviembre treinta de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. José J. Gómez R.)

La Corte decide sobre el recurso interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 16 de octubre de 1953, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en el juicio de María Elena Montes González de Aranzázu contra Guillermo Gutiérrez J., en su calidad de albacea de la causante, Casimiro Aranzázu V., en su condición de legatario, la Comunidad de las Hermanas de la Sagrada Familia y la Diócesis de Manizales.

CAPITULO PRIMERO

LOS ANTECEDENTES

1.—La actora demanda la declaración de nulidad del testamento nuncupativo otorgado por María Teresa de Jesús Montes González, por no haberse cumplido las formalidades exigidas por los artículos 1072 y 1074 del C. C. o por inhabilidad de la causante para testar. En subsidio, la de la cláusula por medio de la cual instituyó heredero universal al "Amparo de Niñas Santa Cruz".

2.—El testamento fue otorgado mediante escritura pública Nº 887, de 7 de mayo de 1946, de la Notaría 2ª del Circuito de Armenia (Caldas).

3.—La causante no dejó herederos forzosos; sus sucesores abintestato son sus hermanos legítimos Helena y Jesús Montes G.

4.—El juez de la primera instancia —que lo fue el Civil del Circuito de Armenia— declaró nul el acto testamentario "por falta de formalidade internas exigidas en los artículos 1072 y 1074 d C. Civil". El Tribunal Superior de Pereira revo có tal sentencia y en su lugar declaró que no ha lugar a anular el referido testamento.

5.—La parte demandante acudió en casación an te la Corte Suprema, y surtidos los trámites de recurso se procede a fallar sobre él.

CAPITULO SEGUNDO

LA CASACION: CAUSALES Y CARGOS

Invocando la causal primera de casación se formulan tres cargos por violación indirecta de la ley sustantiva, debido a errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas correspondientes: 1º al hecho de no haber estado presentes los llamados testigos instrumentales en el acto de otorgar el testamento. con infracción de los artículos 593. 663 y 697 del C. J.. por una parte, y 1740, 1741, 1055, 1070, 1072 y 1074 del C. C., por otra; 2º a la de inhabilidad mental en que la testadora se hallaba en el momento de testar, con quebranto de los artículos 593 y 663 del C. J., por una parte, y 553, 1502, 1503, 1061, 1062, 1740 y 1741 del C. C. por otra; y 3º a la incapacidad o inhabilidad del heredero para recibir asignación por causa de muerte, con violación de los artículos 1759 del C. C., 632 y 593 del C. J., en lo probatorio, y 1113, 1019 y 1020 del C. C., en lo sustantivo.

Primer cargo

1.—Consiste en haber estimado eróneamente las pruebas sobre la existencia de un indicio necesario del hecho de no haberse hallado presentes los testigos instrumentales en el acto en que fue otorgado el testamento.

El indicio necesario está compuesto de dos hechos demostrativos: a) el testamento se otorgó en la casa de habitación de la causante, o sea la misma en que funciona el Amparo de Niñas Santa Cruz; y b) los testigos instrumentales no han estado nunca en dicha casa: luego no presenciaron el otorgamiento.

El error sufrido en la apreciación de las pruebas de tales hechos indiciarios, es de hecho, por haber dejado el sentenciador de estimar unas pruebas, y haber llegado, respecto de otras, "a conclusiones contrarias a la evidencia que dichas pruebas dictaminan".

Y es de derecho por haber negado a dichas pruebas el valor que les atribuyen los artículos 593, 663 y 667 del C. J.

Y a consecuencia de tales errores violó el fallo, además, los artículos 1055, 1070, 1072, 1074 y 1741 del C. C.

2.—La sentencia resume así sus razones al respecto:

"El instrumento público es el autorizado con las formalidades legales por el competente funcionario, otorgado ante Notario o el que haga sus veces, o incorporado en el respectivo protocolo, se llama escritura pública. Según nuestra ley civil, el instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha (Artículo 1759 del C. C.), esto es, que pasado, extendido, otorgado o celebrado el instrumento ante el funcionario señalado por la ley, quien con las formalidades legales lo autoriza, resulta indudable su existencia y hace fe también en cuanto a su fecha y solemnidades, no solamente para los interesados sino también para terceros. La existencia de un instrumento público notarial, celebrado con las formalidades externas, tiene de todos modos la presunción de verdad, y ello se debe a la fe depositada por la ley, en nombre de la sociedad en los funcionarios públicos, con mayor razón en el notario".

Se considera:

1º—No basta que los testigos afirmen que no conocen el interior de la morada donde fue otorgado el testamento, o simplemente, que no estuvieron allí y aún más: que no firmaron; porque entre lo que dicen ellos y aquello de que da fe el Notario, se debe estar a lo último, ya que en este funcionario deposita la ley la fe pública respecto de los actos y contratos que ante él pasan, según el artículo 2576 del C. C. De manera que si el Notario da fe de que los testigos concurrieron, ha de tenerse tal afirmación por cierta, mientras no se destruya mediante una prueba fehaciente.

2º—No es suficiente para destruírla la aseveración de los mismos testigos, de no conocer el sitio del otorgamiento o de no haber presenciado el acto, o de ser falsas las firmas, inclusive, porque si hubiese de prevalecer, ningún sentido tendría la misión notarial consagrada en aquel precepto, por una parte; y por otra, los instrumentos públicos y los actos jurídicos contenidos en ellos quedarían a merced de que los testigos negasen posteriormente haber presenciado su otorgamiento o la autenticidad de sus firmas, con manifiesto quebranto de la fe pública depositada en el Notario y grave peligro para la firmeza de los documentos y actos que pasan ante él.

3º—De lo cual se sigue que aseveraciones de esa laya carecen de todo alcance probatorio, y que para destruír dicha fe, para demostrar que no es verdad lo que ella cubre, es menester un medio distinto, una prueba irrefragable. He aquí al respecto el razonamiento del Tribunal:

"De acuerdo, pues, con lo exigido por la Corte Suprema de Justicia y por los Tribunales del país, es necesario que los testigos instrumentales que al reconocer su firma, expliquen satisfactoriamente la razón que ésta aparezca en el instrumento y que como consta que tales testigos estaban presentes, digan en forma que haga posible la credibilidad, el por qué no presenciaron el acto. En el caso a estudio, los testigos instrumentales señores Llano, Osorio y Giraldo, no han incurrido en contradicción manifiesta puesto que apenas dicen que no se acuerdan de haber presenciado el acto testamentario de la señorita Montes G. Por otra parte, ellos sí han debido explicar satisfactoriamente la presencia de su firma en el instrumento, en caso de que no hubieran asistido a su otorgamiento. Mientras la situación de los testigos sea la que se acaba de plantear, la prueba requerida para que prospere la nulidad del acto testamentario, es una prueba incompleta, y por lo mismo, no se podría llegar a aquella conclusión sin poner en peligro las bases fundamentales de la estructura probatoria, ya que toda decisión judicial en materia civil, se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostradas, de manera plena y completa según la ley por alguno o algunos de los medios probatorios conocidos universalmente con el nombre de pruebas.

"Contra lo que dicen algunos declarantes que en el momento de dar lectura del testamento no se hallaba sino el Notario y un escribiente se han traído al expediente algunas declaraciones en las que se ve cómo el testamento sí estuvo rodeado de las formalidades exigidas por los artículos 1072 y 1074 del C. Civil. La señorita Ana Julia Arias Vargas, en la parte pertinente de su declaración, se expresa así: '... Es verdad, y me consta porque me encontraba presente y por haber oído, que la señorita Teresa de Jesús Montes G., personalmente dictó al señor Notario una a una las cláusulas de su testamento, y especialmente aquellas relativas a la forma de distribución de sus bienes'. A la testigo se le puso de presente la copia del testamento que obra en el cuaderno primero de

este negocio. Se le dio lectura a dicho testamento, y la declarante manifiesta: "Es cierto que las cláusulas que expresa esa memoria fueron expresadas de viva voz por la otorgante señorita Teresa de Jesús Montes. Es verdad y me consta también, que una vez que terminó el señor Notario Segundo de esta ciudad la memoria testamentaria, éste en presencia de los testigos y de varias personas más, leyó en voz alta la supracitada memoria, la que fue aprobada en todas sus partes por la otorgante señorita Teresa de Jesús Montes G....'.

"Bernardo Serna López dijo: 'Es verdad también que una vez terminó el señor Notario Segundo de este Circuito de escribir la memoria testamentaria, éste en presencia de los testigos y de varias personas más, leyó en alta voz la supracitada memoria testamentaria la que fue aprobada en todas sus partes por la otorgante señorita Teresa de Jesús Montes G...'

"El señor don Guillermo Gutiérrez Jaramillo, persona de reconocida honorabilidad y de gran solvencia moral, social y económica, al rendir declaración sobre los hechos materia de la litis se expresó así: 'Es verdad y me consta por haberlo visto y presenciado y oído, que la referida señorita Teresa de Jesús Montes, personalmente dictó al señor Notario una a una las cláusulas de su testamento y de manera especial aquellas relativas a la forma sobre distribución de sus bienes Me refiero al documento testamento que se me ha puesto de presente y que he leído. Todas las cláusulas que expresa el referido testamento, fueron consignadas allí, de viva voz por la otorgante señorita Teresa de Jesús Montes, lo que así declaro por ser absolutamente cierto. Es verdad y me consta que una vez terminó el señor Notario Segundo del Circuito de Armenia de escribir la memoria testamentaria, éste en presencia de mí y de otras personas, leyó en alta voz dicha memoria testamentaria, la que fue aprobada en todas sus partes por la otorgante señorita Teresa de Jesús Montes G...'

"Declara también en Medellín, el Reverendo Padre Fray Pedro José Herrera, testigo presencial del acto y se expresa así: 'Me consta igualmente que ella misma ordenó que se extendiera la memoria testamentaria y expresó claramente su voluntad con respecto de sus bienes ante Notario y testigos. Declaro también que ella misma dictó al señor Notario las cláusulas de su testamento como consta en el mismo testamento que se me pone de presente. Por último me consta que la señorita Teresa de Jesús Montes a quien fue leída su memoria testamentaria la aprobó en todas sus partes y la firmó en constancia...'

"Con las declaraciones transcritas y con algunas otras que no se transcriben por ser innecesario, se establece suficientemente que el acto testamentario estuvo rodeado de las solemnidades indispensables, puesto que fue presenciado por varias personas, además de las que aparecen en la diligencia escrita, porque si había en realidad varias personas, hombres y mujeres, no se explica cómo se lleven al expediente declaraciones de que en el acto sólo se encontraba el señor Notario y un escribiente. También el número plural de personas presentes en el momento del otorgamiento y la forma clara, precisa y espontánea como todos se expresan en calidad de testigos, no instrumentales, están demostrando que en el acto del otorgamiento nada hubo de oscuro o sospechoso y que la testadora pudo manifestar su voluntad libremente".

La Sala no ve error alguno en esta forma de razonar, que pudiera influír en el recurso incoado. La convicción del Tribunal tiene fundamentos muy respetables en rigor jurídico, que bien podrían no fundar la evidencia, en razón de las dudas que esas pruebas puedan suscitar. Pero, tal es la convicción del sentenciador, la cual ha de tenerse por invulnerable en casación, mientras no se demuestre que la evidencia está del lado contrario, por la presencia de los errores que el juzgador haya cometido en la apreciación de las pruebas, y esto es lo que aquí no se ha demostrado.

4º.—La Corte ha reiterado en numerosas veces la doctrina sobre presunción de la validez del testamento otorgado ante notario, susceptible de ser desvirtuada únicamente por medio de una prueba plena incontrastable. "Esta es una presunción legal —dice casación de 21 de mayo de 1917— que admite prueba en contrario, pero prueba plena, irrefragable, porque la última voluntad de una persona en un acto de trascendencia como el testamento, no puede quedar sometida a las contingencias y vaivenes de la flaca memoria de los testigos, que olvidan circunstancias esenciales con el transcurso de los días" (XXXIII, 310). La de 29 de julio de 1918: "Un testamento otorgado ante notario es una escritura pública, y la existencia de los hechos que pasan ante ese funcionario y de que él dé fe no puede destruírse con sólo oponerle una prueba testimonial de dos testi-

gos. Sería necesario comprobar de la manera que determina la ley, la falsedad de la escritura pública, caso en el cual se requiere un número de testigos mayor de dos" (XXVII, 23). Y acerca del significado de la intervención del Notario agrega la de 2 de junio de 1942: "Además de la presunción de que se hizo mérito, existe otra de carácter general y es la que siendo los notarios depositarios de la fe pública, sus declaraciones propias llevan una presunción de veracidad, que no puede destruírse sino en virtud de factores probatorios que plenamente eliminen aquélla". (LIII. 614). En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de 23 de julio de 1949. (LXVI. 144).

No se acoge, por tanto, el cargo.

Segundo cargo

1.—Consiste en haber cometido el sentenciador error de ambas especies en la estimación de esas pruebas: a) un certificado del médico Arturo Congote Escobar; b) un certificado del Director del Frenocomio de Bogotá; y c) el decreto de interdicción de la causante.

2.—Estos son los conceptos de la sentencia:

"La prueba aportada por el actor sobre la interdicción judicial de la testadora, no tiene ninguna eficacia para producir la nulidad del acto testamentario, por cuanto la interdicción judicial fue decretada con fecha 23 de agosto de 1946, es decir, aproximadamente tres meses y medio después de otorgado el acto testamentario sub-judice. El decreto de interdicción judicial, hace nulos los actos o contratos celebrados por el sujeto, a partir de la fecha de la providencia respectiva previos los requisitos anexos, como la notificación y publicación de obligatoriedad procesal. Pero el acto celebrado con anterioridad al Decreto de Interdicción, puede estar afectado de nulidad si hubo falta de voluntad en el otorgante, y tal circunstancia se prueba por los medios probatorios ordinarios, con relación o incidencia cronológica para el momento mismo de la celebración del acto o contrato. Es decir, que es necesario probar que el sujeto estaba afectado de enajenación mental en el momento mismo del otorgamiento del acto o celebración del contrato, y no antes o después del acto.

"En cuanto a las pruebas que consisten en declaraciones rendidas por personas profanas en la ciencia médica, para establecer que la testadora señorita Montes González, otorgó su testamento en estado de enajenación mental, tales pruebas no son adecuadas o idóneas para producir certeza legal puesto que la prueba eficaz para establecer situaciones atañederas a cuestiones científicas o para aquellas en donde se requiere un conocimiento especial, la ley exige que ella se haga mediante dictamen de peritos escogidos dentro de la especialidad de que se trata. Precisamente para establecer un estado de anomalía psíquica no sería la prueba conducente, la declaración de personas profanas en la ciencia de la psiquiatría, aun cuando tales declaraciones sean producidas por quienes han estado por un tiempo más o menos largo en compañía del presunto enfermo.

"La certificación de los médicos, tanto la del Director del Frenocomio de mujeres de Bogotá como las producidas por los Médicos que atendieron a la señorita Montes González en la ciudad de Armenia, por tratarse de personas idóneas, sí establecen que la señorita Montes otorgante del testamento estuvo afectada de una psicosis, psicosis que se manifestó en períodos distintos, ya que hay informaciones de que estuvo recluída por enajenación mental desde el año de 1929.

"No hay, pues una prueba suficiente para establecer que María Teresa Montes González estuvo afectada de enajenación mental el día 7 de mayo de 1946 en el momento de otorgar testamento, enajenación o perturbaciones mentales que en mayor o menor grado suprimieron en ella la libre determinación de la voluntad, y que tal perturbación fue concomitante con la celebración del acto testamentario a que se refiere la escritura pública número 887.

"Por otra parte el Notario es el depositario de la fe pública, a él confía la ley el sagrado depósito de los intereses colectivos y cuando da fe de un acto, tal suceso está rodeado no solamente de la presunción legal de autenticidad y veracidad sino también de especiales garantías con respecto al hecho mismo, que la ley y la jurisprudencia se vierten permanentemente en textos y doctrinas que le dan especial fuerza para su sostenimiento y por lo mismo imponen al fallador la obligación de defenderlo y sostenerlo en cuanto la prueba que tienda a redarguirlo de falso, no sea tan convincente, tan eficaz y tan ajena a la malevolencia humana que, sometida a una severa crítica dentro de los sanos principios del derecho probatorio, no lo hagan fracasar.

"En el caso de autos, no solamente el Notario da fe de que la señorita Ma. Teresa de Js. Montes G. se hallaba en su estado y cabal juicio, sino que

las otras personas que se hallaban presentes y que fueron ajenas al testamento, como Guillermo Gutiérrez Jaramillo, el padre Fray Pedro José Herrera, la señorita Ana Julia Vargas, y señor Bernardo Serna López y otros más".

Se considera:

3.—La apreciación del Tribunal no desconoce la prueba aducida para demostrar la inhabilidad mental de la testadora, pero no la encuentra adecuada a tal fin. Valorada en instancia esa prueba, bien pudo producir dudas y vacilaciones en el ánimo del juzgador; mas, en la alternativa de hallarla o no suficiente para acreditar la falta de aptitud psíquica en la causante, se decidió por lo último, sin que por ello hubiese burlado la evidencia del hecho contrario. No se puede negar que algunos elementos de esa prueba tienden a establecer el mal estado de salud mental de la señorita Montes, pero, de allí, a constituír la demostración plena —como es de rigor— de ese estado, hay una distancia que no puede recorrerse en casación sino con la ayuda de un error de hecho manifiesto, o de un error de derecho que hubiese negado mérito probatorio a la prueba, ninguno de los cuales aparece en este caso. El juzgador analiza y pesa las distintas probanzas, y en ese conjunto, diverso y hasta contradictorio, funda la convicción de que la testadora no se hallaba en incapacidad mental para otorgar testamento.

a) El certificado del doctor Congote Escobar (f. 11, C. 1º), si bien habla de haber perdido la causante el equilibrio mental a causa de la fiebre tifoidea que padeció, agrega que ello tuvo lugar "durante varios días, al rededor de esta fecha" —5 de mayo de 1946— lo cual necesariamente no prueba que el 7 del mismo mes hubiese estado incapacitada. El certificado es, pues, vago en cuanto al tiempo, motivo por el cual nada o muy poco prueba.

b) El decreto de interdicción provisional —fechado el 23 de agosto de 1946— podría llegar a tener el valor de un levísimo indicio de incapacidad el día 7 de mayo del mismo año, y lo mismo cabe decir del certificado del Frenocomio, sobre el hecho de haber estado recluída allí la testadora Montes, por varias ocasiones, pues otras tantas fue restituída a su libertad, y más aún sobre la circunstancia invocada por el recurrente, de no haber hablado ella a nadie acerca del testamento, ni de lo dispuesto en él, en los seis años corridos entre la fecha en que lo otorgó y el día de su muerte.

De "indicios necesarios" califica estos hechos el recurrente, en forma que traspasa los límites de la hipérbole, pues apenas sí son leves o levísimos, sin olvidar que en la apreciación de la gravedad, la precisión y la conexión de los indicios, el juzgador de instancia es autónomo, según doctrina cuya repetición no tiene par en las sentencias de la corporación.

Por tanto, no se acoge el cargo.

Tercer cargo

Se acusa la sentencia de error de hecho consistente en no haber apreciado el certificado del Ministerio de Justicia, según el cual no aparece inscrito en los libros de ese despacho el "Amparo de Niñas Santa Cruz"; y de derecho, por no haberle dado a dicho certificado el valor de plena prueba de tal hecho, con violación de los artículos 1019, 1020, 1113 y 1759 del C. C. y 632 y 593 del C. J.

En razón de estos errores, el fallo dejó de invalidar la cláusula cuarta del testamento, por medio de la cual hizo la testadora asignación de todos sus bienes al "Amparo de Niñas Santa Cruz"; y absolvió a la parte demandada de lo pedido en las segundas peticiones subsidiarias del libelo.

La ponencia del presente fallo fue aceptada por la Sala, en lo referente a los dos primeros cargos y a la resolución con que termina esta sentencia; pero, no fue compartida por el resto de la Sala la motivación concerniente al tercer cargo, razón por la cual correspondió redactar una nueva al señor Magistrado doctor José Hernández Arbeláez, respecto de la cual salva el voto el suscrito Magistrado sustanciador. Dice así la nueva motivación:

Se considera:

El favor especial con que son miradas por el ordenamiento jurídico las obras e instituciones de beneficencia, hace que en variados casos se rompan las normas comunes para dar cabida a fines de alto rango en que se encuentra interesado el bienestar general. Acontece así, por ejemplo, en el derecho sucesorio con la determinación del asignatario, según el artículo 1113; con la determinación del objeto de la herencia o legado, según el artículo 1124, y también con la existencia misma del asignatario, según los artículos 1019 y 1020 del Código Civil, porque en guarda de principios de orden superior, en este caso de beneficencia, se consigue la eficacia plena de disposiciones que de otra suerte serían inoficiosas o inválidas en los casos comunes de la sucesión por causa de muerte.

Dijo Teresa de Jesús Montes González en la cláusula cuarta de su testamento:

"Cuarta.—Es mi voluntad legar como en efecto lego, todos mis bienes a la institución denominada "Amparo de Niñas Santa Cruz". Mis com-

pañeras de labor continuarán adelante la obra que hasta hoy hemos venido adelantando. En caso de que por cualquier razón tuvieren que dejarla, entonces se entregará a una comunidad de religiosas, pero con la expresa constancia de que no podrán vender, ni donar las propiedades que dejo como legado".

Si la última voluntad de la causante se expresa en el sentido de asignar sus bienes todos a una obra de beneficencia que está en funcionamiento, no es necesario esfuerzo alguno para descubrir que allí se encuentra el nítido propósito de atribuír un patrimonio al logro de finalidades benéficas de interés social. Y esto marca el comienzo de la existencia de una persona jurídica, como base suficiente en derecho para la capacidad legal de recibir con validez plena asignaciones testamentarias de beneficencia.

Porque si para ser capaz de suceder es necesario existir a tiempo de abrirse la sucesión, salvo lo que la ley exceptúe; y si son incapaces de toda herencia o legado las cofradías, gremios o establecimientos cualesquieras que no sean personas jurídicas, es también conforme a derecho que las asignaciones a personas que a tiempo de abrirse la sucesión no existan, pero se espera que existan, no se invaliden por esta causa si existieren dichas personas antes de expirar los treinta años subsiguientes a la apertura de la sucesión; del propio modo que si la asignación tuviere por objeto la fundación de una nueva corporación o establecimiento (máxime si es de beneficencia), podrá solicitarse la aprobación legal, y obtenida ésta (para lo que hay hasta treinta años) valdrá la asignación. (Artículos 1019 y 1020 del Código Civil).

Si basta, pues, un principio de existencia de las personas para convalidar las asignaciones en favor de quienes no tengan todavía plena capacidad para recibir por sucesión; si en concreto la testadora dispuso que su patrimonio se atribuyera a continuar la obra de beneficencia que, en vida, fue el ideal y el propósito determinado de sus preocupaciones y esfuerzos, el "Amparo de Niñas Santa Cruz", que aparece en el pensar y sentir de la testadora como si esa institución ya hubiese penetrado a la realidad de la existencia con el carácter de persona jurídica; y si en el mantenimiento y vigor de tales obras hay intereses de la sociedad, celosamente defendidos por la ley, carece de base plausible cualquiera alegación tendiente a que se anule la cláusula testamentaria que dota de un patrimonio al "Amparo de Niñas Santa Cruz".

Debe encontrarse allí, por el contrario, la voluntad clara y manifiesta de que un establecimiento de beneficencia, operante en los hechos 'bajo el nombre de Amparo de Niñas Santa Cruz', obtenga su consagración como persona jurídica, sin mengua de las bases generales expresadas por la testadora, para que en la práctica pueda gozar de los bienes asignados a una destinación concreta de interés general, como fluye espontáneamente del querer de la causante.

Si ella dice que en defecto de sus compañeras de labor, la obra pase a una comunidad de religiosas, pero con la expresa constancia de que no podrán vender ni donar los bienes afectos a la misma obra, se trasparenta el querer de la testadora en el sentido de que todo esté subordinado a la perdurabilidad de la institución que ella misma estableciera y conservara mientras vivió. Es por consiguiente su indudable voluntad que se mantenga en el tiempo, más allá de sus días y sin solución de continuidad el establecimiento de beneficencia que la testadora fundara en vida, lo cual en derecho significa el propósito y querer manifiestos de que tenga existencia una persona jurídica para fines benéficos, administrada y representada por sus compañeras y participantes en la obra, en primer término, o en su defecto por una comunidad religiosa, que sólo en segundo lugar es llamada a esa misión. Solamente en último subsidio, esto es para el caso en que se hiciera imposible la continuación de la obra benéfica, habla la testadora de que sus bienes vayan a otras manos, lo cual en manera alguna contradice su voluntad decidida de que el Amparo de Niñas Santa Cruz tenga existencia como persona jurídica. Desea apenas prever el evento de que su voluntad principal pudiera frustrarse.

Es muy claro que las bases generales de la testadora para organizar la persona jurídica son en gran manera incompletas. Pero, aparte de que el funcionamiento mismo del Amparo de Niñas habla con elocuencia de la voluntad concreta y práctica de la testadora, el régimen atinente a la materia es flexible y adecuado a llenar todos los vacíos, puesto que en conformidad con el artículo 650 del Código Civil, las fundaciones de beneficencia que hayan de administrarse por una colección de individuos, se regirán por los estatutos que el fundador les hubiere dictado; y si el fundador no hubiere manifestado su voluntad a este respecto, o sólo la hubiere manifestado incompletamente, será suplido este defecto por el Presidente de la República.

Está, en consecuencia, abierto el campo para que se cumpla la voluntad de la testadora con validez plena. No es en derecho de ningún modo ineficaz la cláusula testamentaria que provee a

la supervivencia del Amparo de Niñas Santa Cruz, desde luego que, además de lo dicho, dentro de los límites señalados por las normas de orden público, prevalece la voluntad del testador claramente manifestada, cuando se trata de saber la inteligencia y efecto de las disposiciones testamentarias, sobre la base siempre de que "para conocer la voluntad del testador se estará más a la sustancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido". (Artículo 1127 del Código Civil).

No prospera el cargo.

RESOLUCION

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia de fecha diez y seis (16) de octubre de mil novecientos cincuenta y tres (1953), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en el juicio de María Elena Montes González de Aranzazu contra Guillermo Gutiérrez J., en su calidad de albacea de la causante, Casimiro Aranzazu V., en su condición de legatario, la Comunidad de las Hermanas de la Sagrada Familia y la Diócesis de Manizales.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y ejecutoriada devuélvase al Tribunal de origen.

Manuel Barrera Parra — José J. Gómez R.— Agustín Gómez Prada — Ignacio Gómez Posse. José Hernández Arbeláez — Luis Felipe Latorre. Julio Pardo Dávila—Alberto Zuleta Angel.—Ernesto Melendro Lugo, Srio.



SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. JOSE J. GOMEZ R., EN RELACION CON LA PARTE MOTIVA DEL FALLO ANTERIOR SOBRE EL TERCER CARGO FORMULADO EN CASACION

Me he visto en la pena de salvar el voto en lo que respecta al tercer cargo, no en cuanto se rechaza, sino en cuanto a las razones con que se rechaza. La motivación adoptada por la H. Sala, repudia, en mi concepto, la voluntad de la testadora, desconoce una facultad garantizada en el Concordato y vulnera el derecho adquirido por una comunidad religiosa, de recibir en propiedad los bienes destinados a una voluntad pía perpetua.

Este salvamento consiste, por tanto, en el proyecto de sentencia del suscrito Magistrado, sobre dicho tercer cargo, con las referencias necesarias a algunos pasajes de la motivación definitiva.

Como se verá en seguida, la ponencia quiso promover el estudio de importante tema relacionado con el derecho civil y el derecho eclesiástico, a propósito de una voluntad pía, cuyo sujeto ejecutor debe ser una comunidad de religiosas, según el testamento, y no una nueva entidad moral de carácter civil, que no pasó por la mente de la testadora, precisamente porque bastaba a su conciencia de católica una persona jurídica eclesiástica que realizara los fines de la institución.

El derecho canónico no puede ser extraño a los jueces de Colombia, desde el momento en que las relaciones entre la nación y la Iglesia quedaron definidas por medio del Concordato, cuyas disposiciones están muy lejos de establecer una barrera infranqueable entre la legislación civil y la eclesiástica, no obstante que ésta es independiente y no hace parte de aquélla. Por el contrario, se entrelazan en algunos campos, al punto de que unas veces la Iglesia defiere a la ley civil, y en otras es el Estado quien defiere a la Iglesia, como puede verse en importantísimo fallo de la Corte fechado el 15 de mayo de 1954 (LXXVII, 579). Por tanto, no puede considerarse el derecho canónico como campo prohibido a los encargados de administrar justicia, ni los preceptos del código de la Iglesia, instrumentos ajenos a esta función, en tratándose de casos que, como el presente, requieren soluciones acordes con la ley eclesiástica, por imperativo mandato de los artículos 1º y 2º del mencionado texto concordatario. La H. Sala prefirió un desenlace netamente secular, extraño a la ley eclesiástica y por cierto opuesto a la civil, a una solución en que armonizando las dos legislaciones, se hubiese acatado el querer de la testadora.

I

Dicen las cláusulas cuarta y quinta del testamento:

"Cuarta.—Es mi voluntad legar como en efecto lego, todos mis bienes a la institución denominada 'Amparo de Niñas Santa Cruz'. Mis compañeras de labor continuarán adelante la obra que hasta hoy hemos venido adelantando. En caso de que por cualquier razón tuvieren que dejarla, entonces se entregará a una comunidad de religiosas, pero con la expresa constancia de que no podrán vender, ni donar las propiedades que dejo como legado.

"Quinta. — En caso de que ocurriere el hecho de que ni mis compañeras, ni una comunidad religiosa adelantaren la obra a que he hecho referencia, entonces los bienes se distribuirán así: La casa que poseo en la ciudad, pasará a poder de mis herederos legales y el lote que tengo en el paraje de 'Los Corbones', pasará a la Comunidad de Padres Franciscanos de esta ciudad".

Se trata en esta cláusula de una institución de heredero y no de legatario (artículo 1115 C. C.). La asignación se hace a favor de la "institución denominada 'Amparo de Niñas Santa Cruz' ". La parte actora niega a este establecimiento existencia jurídica, y por tanto capacidad legal para ser asignataria, y por ello solicita, como declaración subsidiaria, la de que se tenga por no escrita la expresada cláusula cuarta.

Esta misma cláusula dispone que las "compañeras de labor" de la testadora "continuarán adelante la obra que hasta hoy hemos venido adelantando", y prevé que en el caso de que por cualquier razón ellas tengan que dejarla, la obra debe pasar a una comunidad de religiosas.

La cláusula quinta contempla la posibilidad de

que no continúen la tarea las dichas colaboradoras, ni acepte la comunidad religiosa el encargo de seguirla, y para tal evento ordena distribuir los bienes en la forma allí determinada, entre sus herederos legales y la Comunidad de Padres Franciscanos.

Estos son los hechos 24º y 25 de la demanda:

"24º—El Instituto denominado 'Amparo de Niñas Santa Cruz' no es persona natural ni jurídica, ni constituye un patrimonio autónomo conforme al derecho civil, para cuyos efectos de su personería pasiva en la relación jurídica procesal que va a originar esta demanda, va a ser necesario dar cumplimiento al precepto del artículo 317 del Código Judicial vigente.

"25º—La omisión de personería jurídica en el Instituto 'Amparo de Niñas Santa Cruz' vicia de nulidad absoluta, la institución de heredero que la señorita María Teresa de Js. Montes G., hace en su memoria testamentaria en el referido establecimiento. Heredero conforme a nuestra ley civil, no puede ser sino una persona cierta y determinada, natural o jurídica (artículo 1113 del C. Civil)".

Al Tribunal no le mereció tan importante cuestión sino estas palabras:

"No hay fundamento alguno para declarar inexistente la cláusula 4ª del testamento de la señorita María Teresa de Jesús Montes por medio de la cual instituye heredera de todos sus bienes a la Institución denominada 'Amparo de Niñas Santa Cruz' ".

II

No cabe duda de que el Amparo de Niñas Santa Cruz asignatario en primer grado de la herencia, no era persona jurídica civil; al menos no se demostró en el juicio que lo fuera. Luego, la asignación testamentaria a su favor no vale, según lo preceptúa el inciso 1º del artículo 1020 del C. C., lo cual no quiere decir que la cláusula carezca de validez, en cuanto dispone otra cosa.

En consecuencia, habría sido procedente el tercer cargo en casación, dirigido contra la sentencia en cuanto niega la nulidad, no obstante figurar como asignatario un establecimiento que no era persona jurídica. Pero, como al fallar la Corte en instancia, como consecuencia de la infirmación de la sentencia, tendría que saber si la validez de la cláusula se sostiene por otros aspectos, al estudiar dicho tercer cargo y hallarlo fundado por tal razón, fue menester averiguar si otras le prestaban apoyo, a fin de evitar una casación que al fin podría resultar meramente teórica.

Para el suscrito Magistrado ponente la validez se sustenta en la pía voluntad canónica que contiene la cláusula, ya que en caso de que el grupo de las colaboradoras de la causante, se retirase de la obra, ésta, con los bienes, debería ser entregada a una comunidad de religiosas, cuya designación corresponde hacer al Ordinario, según el canon 1515 del Código de Derecho Canónico. Este precepto consagra uno de los derechos de la Iglesia, cuyo goce pleno se obligaron a respetar y mantener los poderes públicos, de conformidad con el artículo 1º del Concordato. La H. Sala rechazó esta ponencia, por vislumbrar en dicha cláusula la intención de la testadora de que se fundase una persona jurídica de derecho privado, que recibiera los bienes y continuara la obra, y ello no obstante que para tal evento la misma cláusula dispone que la obra y los bienes sean entregados a una comunidad de religiosas.

La ponencia del suscrito Magistrado se ajustaba a la letra y a la intención de la testadora, y al efecto partió de la base de que cumplida la condición prevista de la disgregación del grupo colaborador, había que entregar la obra y la herencia a una comunidad de religiosas, cuya designación concreta correspondía al Ordinario, según lo prescribe el canon 1515 del Código de Derecho Canónico.

Consultaba también la ponencia la circunstancia de hecho de que el Ordinario, esto es, el señor Obispo de Manizales, aceptó la herencia para la obra, dentro del juicio mortuorio de la causante, y también designó a la comunidad de "Hermanas de la Sagrada Familia", domiciliada en Armenia (C.), para que la prosiguiera, según lo dispuso la testadora para el caso de retirarse su grupo, intervención que el suscrito Magistrado no podía atribuir a intento del Ordinario de invadir la esfera de la potestad civil, con desconocimiento de sus propios deberes y derechos, sino a paso muy meditado a la luz de las disposiciones concordatarias y del derecho de la Iglesia.

La H. Sala, empero, no halló el fundamento de la validez de la cláusula, sino en la intención que adivinó en ella, de que se fundase una nueva persona jurídica, que recibiera la herencia y el encargo piadoso, eliminando y sustituyendo, por lo mismo, la comunidad de religiosas, deseada por la testadora y designada por el Ordi-

nario, en ejercicio del derecho que estatuye el canon 1515 citado.

Como se ve, la ponencia original y la redactada por el señor Magistrado doctor José Hernández Arbeláez, sobre este tercer cargo, coinciden en el resultado, o sea, la conservación de la asignación testamentaria, por tratarse de un objeto de caridad, en uno de sus sentidos más elevados, cual es la formación moral y religiosa de la niñez desvalida. Para lo cual no era necesario tomar una posición que, a pesar del reconocimiento de la validez de la cláusula, va a causar daño en concreto a la persona moral eclesiástica designada, puesto que la elimina como asignataria de la propiedad de los bienes, y como ejecutora responsable a perpetuidad de la finalidad pía; al establecimiento mismo porque dados sus objetivos religiosos y de caridad y el móvil sobrenatural que guió a la fundadora, mejor quedaba en una comunidad de religiosas, persona jurídica eclesiástica, tal como lo dispuso la causante, que en un ente nuevo de carácter civil, de ignotas e inciertas actividades y para cuya organización no presintió ni ordenó nada absolutamente la testadora; así como a los fueros de la Iglesia, menoscabados en una importantísima función, y a los de la doctrina en general sobre materia que concierne a las leyes de las dos potestades, de acuerdo con el régimen concordatario vigente.

Este salvamento tratará de demostrar, en primer lugar, que la interpretación dada por la sentencia a la cláusula cuarta del acto testamentario, es contraria a la voluntad de la causante, a la Carta, al Concordato y a la ley común, y no puede, por consiguiente, fundar la validez de dicha disposición testamentaria.

En segundo lugar, que la validez se apoya, de manera cabal, en el hecho de que la cláusula cuarta contiene una voluntad pía canónica, que debe ser respetada por la potestad civil, de acuerdo con el Concordato.

PRIMERA PARTE

La tesis de la sentencia

La sentencia descubre en la cláusula cuarta del testamento la disposición o mandato de la testadora, para que se funde una persona jurídica nueva, ocurrido lo cual la asignación valdrá según el inciso 2º del artículo 1020 del C. C., esto es, que el Amparo, no obstante la disolución del conjunto de colaboradoras —hecho previsto para que la comunidad religiosa recibiese la obra y la herencia— fuera convertido en una persona moral de derecho privado.

En cuanto el fallo afirma la intención de la testadora, de que su obra sea conservada, y la necesidad de la ley, de sostenerla, estoy de acuerdo; pero, no por el camino que la sentencia indica, o sea avizorando un nuevo ente moral, sino reconociendo el que la testadora señaló para que perpetuase su obra, o sea una comunidad religiosa, con la condición o advertencia de que no pudiera vender ni donar los bienes, así destinados permanentemente a la obra.

La sentencia, desconoce, por ello, la voluntad de la testadora, manifestada inequívocamente tanto en la letra como en el espíritu de la cláusula, de que en caso de disgregación de su grupo de colaboradoras, la obra y los bienes sean entregados a una comunidad de religiosas que realice su ideal de caridad.

I. — Dos cosas absolutamente contrarias a la formación de un nuevo ente jurídico.

Pero, antes de referirme a la argumentación del fallo, anoto que la testadora dispuso dos cosas, absolutamente contrarias a la voluntad de que se fundara una nueva persona moral:

1ª — Que si sus colaboradoras no seguían al frente del Amparo, fuera entregado a una comunidad de religiosas que perpetuase su obra, con la prohibición de vender o donar los bienes de la herencia. "En caso de que por cualquier razón tuviesen (sus colaboradoras) que dejarla —dijo en la cláusula cuarta— entonces se entregará a una comunidad de religiosas, pero con la expresa constancia de que no podrá vender, ni donar las propiedades que dejo como legado".

Si la testadora hubiera abrigado, así fuese recónditamente, que se creara, en tal eventualidad, una persona jurídica nueva, distinta de la que necesariamente habría de constituir la comunidad de religiosas, lo habría dicho. Pero, no lo dijo. Prefirió que los fines de caridad y orientación católica de la institución, todos ellos encaminados a la gloria de Dios, los realizara una comunidad de religiosas, la cual, según el Concordato y las leyes de la Iglesia, tendría que tener el carácter de persona jurídica.

2ª—Que si el grupo se disgregaba y la comunidad no aceptaba, pasaran sus bienes a sus herederos legales y a la orden de los Franciscanos (cláusula quinta). De manera que ni aún para

el caso extremo de la disolución del grupo y el rechazo que diera la comunidad, concibió la idea de que se fundase un ente moral que recibiera la obra y los bienes.

La causante confiaba en que su grupo continuara en el mismo propósito tesonero e imperturbable: era el grupo formado en el mismo apostolado, quien más merecía su fe; pero si así no llegaba a ocurrir, lo sería una comunidad religiosa, la cual, por el sexo de sus integrantes, por su carácter de persona jurídica eclesiástica y por la estabilidad de su organización, era quien merecía después toda su confianza.

Por todo esto, la fundación de una persona jurídica vislumbrada por la sentencia como razón de la validez de la asignación testamentaria, carece totalmente de raíz en la propia voluntad de la testadora.

III. — La argumentación del fallo

A) Dice la sentencia:

"Si la última voluntad de la causante se expresa en el sentido de asignar sus bienes todos a una obra de beneficencia que está en funcionamiento, no es necesario esfuerzo alguno para descubrir que allí se encuentra el nítido propósito de atribuir un patrimonio al logro de finalidades benéficas de interés social. Y esto marca el comienzo de la existencia de una persona jurídica, con base suficiente en derecho para la capacidad legal de recibir con validez plena asignaciones testamentarias de beneficencia".

Ciertamente, se descubre sin esfuerzo el nítido propósito de atribuir un patrimonio al logro de las finalidades benéficas de una obra de interés social. Pero, lo que no se descubre es que el propósito de vincular un patrimonio a una obra tal, marque el comienzo de la existencia de una nueva persona jurídica, cuando la testadora ha señalado inequívocamente la persona moral que haya de cumplir las finalidades de la obra, en el caso de que el grupo de colaboradoras se disuelva: **una comunidad de religiosas**, persona jurídica, que por serlo de carácter canónico, más garantías ofrecía a una persona de comprobado espíritu católico, para perpetuar una obra de clara orientación católica.

B) Continúa la sentencia:

"Porque si para ser capaz de suceder es necesario existir a tiempo de abrirse la sucesión, salvo lo que la ley exceptúe; y si son incapaces de toda herencia o legado las cofradías, gremios o establecimientos cualesquiera que no sean personas jurídicas, es también conforme a derecho que las asignaciones a personas que a tiempo de abrirse la sucesión no existan, pero se espera que existan, no se invaliden por esta causa si existieren dichas personas antes de expirar los treinta años subsiguientes a la apertura de la sucesión; del propio modo que si la asignación tuviere por objeto la fundación de una nueva corporación o establecimiento (máxime si es de beneficencia), podrá solicitarse la aprobación legal, y obtenida ésta (para lo que hay hasta treinta años) valdrá la asignación. (Artículos 1019 y 1020 del Código Civil)".

Debo observar que según el artículo 1020 del C. C., la asignación que se haga a cofradía, gremio o establecimiento que no sea persona jurídica, al deferirse, no vale; y que la validez de las asignaciones a personas que no existen pero se espera que existan, no toca con las personas jurídicas sino cuando su fundación ha sido ordenada por el testador, según el inciso 2º de dicho texto, que es lo que aquí no acontece. A la causante le bastaba, en caso del retiro de las personas que le ayudaban, que una **comunidad de religiosas**, persona jurídica eclesiástica, autorizada como tal por la respectiva autoridad de la Iglesia y designada al efecto por el Ordinario, recibiera la obra y con ella los bienes, asiento de la obra y de su conservación y acrecentamiento.

En la conciencia sencilla pero práctica y profundamente cristiana y piadosa de la testadora, su grupo, probado en la lucha heroica de varios años, no podía ser reemplazado sino por otro grupo similar: primero, de mujeres, como sus colaboradoras, y luégo de mujeres consagradas a Dios, en provecho de la humanidad. Desvirtúa la sentencia el anhelo de la testadora, al atribuírle la intención de reemplazar a sus colabodoras abnegadas y bien conocidas, por una entidad nueva, **de carácter civil**, cuando ella la quería de carácter eclesiástico. Por esto mismo, no señaló norma alguna sobre organización del nuevo ente o constitución del consejo o junta administradora, ni sobre nada tocante a la ilusoria creación moral. Sabía que una comunidad de religiosas, ligadas a ella en la misma religión, en el mismo amor al prójimo, en la misma esperanza de ganar gracias para la vida eterna, y siempre bajo la vigilancia del Ordinario, cumpliría sus propósitos, cuidaría y aumentaría sus bienes, y en razón de la estabilidad del instituto reli-

gioso, esperaba segura que la obra tuviese una vida perenne, siempre dirigida, administrada y atendida con el celo con que los seres que han renunciado al mundo, saben cumplir sus deberes en el servicio de Dios. Comienza, pues, la sentencia por desviar esa intención, de orden temporal y espiritual de la testadora, en su afán de que se funde una nueva persona moral que no sólo no previó la testadora, sino que se opone abiertamente a la voluntad de la misma.

C) Sigue el fallo:

"Si basta, pues, un principio de existencia de las personas para convalidar las asignaciones en favor de quienes no tengan todavía plena capacidad para recibir por sucesión; si en concreto la testadora dispuso que su patrimonio se atribuyera a continuar la obra de beneficencia que, en vida, fue el ideal y el propósito determinado de sus preocupaciones y esfuerzos, el 'Amparo de Niñas Santa Cruz', que aparece en el pensar y sentir de la testadora como si esa institución ya hubiese penetrado a la realidad de la existencia con el carácter de persona jurídica; y si en el mantenimiento y vigor de tales obras hay intereses de la sociedad, celosamente defendidos por la ley, carece de base plausible cualquiera alegación tendiente a que se anule la cláusula testamentaria que dota de un patrimonio al 'Amparo de Niñas Santa Cruz' ".

Estoy de acuerdo en la conclusión: no habría base plausible en ninguna alegación tendiente a anular la cláusula testamentaria, constitutiva de una causa pía; pero para no anularla no es indicado quebrantarla.

D) Continúa la sentencia:

"Debe encontrarse allí, por el contrario, la voluntad clara y manifiesta de que un establecimiento de beneficencia, operante en los hechos bajo el nombre de Amparo de Niñas Santa Cruz, obtenga su consagración como persona jurídica, sin mengua de las bases generales expresadas por la testadora, para que en la práctica pueda gozar de los bienes asignados a una destinación concreta de interés general, como fluye espontáneamente del querer de la causante".

No alcanzo a percibir cómo podría formarse una nueva persona jurídica "sin mengua de las bases generales expresadas por la testadora", puesto que estas bases ordenan respetar su disposición de que faltando sus colaboradoras, la obra debe pasar a una comunidad de religiosas, para su realización, con la advertencia de que ni venda ni done los bienes. Ni se alcanza a ver tampoco cómo el Amparo no podría en la práctica gozar "de los bienes asignados a una destinación concreta de interés general", en manos de una comunidad religiosa, persona moral eclesiástica, bajo el control permanente del Ordinario, pero sí en las de una persona jurídica civil.

E) Agrega el fallo:

"Si ella dice que en defecto de sus compañeras de labor, la obra pase a una comunidad de religiosas, pero con la expresa constancia de que no podrá vender ni donar los bienes afectos a la misma obra, se trasparenta el querer de la testadora en el sentido de que todo esté subordinado a la perdurabilidad de la institución que ella misma estableciera y conservara mientras vivió. Es por consiguiente su indudable voluntad que se mantenga en el tiempo, más allá de sus días y sin solución de continuidad el establecimiento de beneficencia que la testadora fundara en vida, lo cual en derecho significa el propósito y querer manifiestos de que tenga existencia una una persona jurídica para fines benéficos, administrada y representada por sus compañeras y participantes en la obra, en primer término, o en su defecto por una comunidad religiosa, que sólo en segundo lugar es llamada a esa misión. Solamente en último subsidio, esto es para el caso en que se hiciera imposible la continuación de la obra benéfica habla la testadora de que sus bienes vayan a otras manos, lo cual en manera alguna contradice su voluntad decidida de que el Amparo de Niñas Santa Cruz tenga existencia como persona jurídica. Desea apenas prever el evento de que su voluntad principal pudiera frustrarse".

De la prohibición contenida en la cláusula cuarta, de que la comunidad de religiosas no venda ni done los bienes, infiere el fallo la voluntad de la testadora de que todo esté subordinado a la perdurabilidad de la institución. No hay duda, pero, no sólo de ello se infiere el interés de perpetuarla, sino también de la propia naturaleza del establecimiento y de los fines de la asignación.

Mas, de que la voluntad de la causante se enderece a lograr la perennidad de la obra no se sigue que para esto sea indispensable, ni siquiera necesario o conveniente, fundar una persona moral nueva, siendo así que la comunidad de religiosas, habría de ser necesariamente una persona jurídica con plena capacidad para adquirir bienes y desarrollar la institución. Solamente los sujetos de derecho —la persona natural y la per-

sona jurídica— pueden tener un patrimonio, así se trate de aquellos entes, como las fundaciones, en que se trata particularmente de un patrimonio afectado por una destinación de carácter social o benéfico. De suerte que destinado el patrimonio hereditario a una comunidad religiosa, allí está su asiento jurídico, porque ella es persona moral eclesiástica, con capacidad de derecho y de obrar y aptitud para adquirir toda clase de bienes.

Es cosa extraña que por la perdurabilidad perseguida para la obra, se trate de convertir a la comunidad de religiosas, persona moral eclesiástica, verdadera asignataria de los bienes y real continuadora de los esfuerzos de Teresa de Jesús Montes, en administradora y representante del nuevo ente moral, como si la perpetuidad de la institución no pudiera lograrse por medio de una persona jurídica canónica, o hubiera la testadora dispuesto tan extraño acoplamiento de dos entes jurídicos, de los cuales uno sobraría. No veo qué incompabilidad puede haber entre la aspiración de garantizar larga vida a la obra y el hecho de que para lograr esto se confíe a una persona moral de orden canónico, de suyo de perpetua duración, a no ser que un ente jurídico eclesiástico carezca de las calidades necesarias para destinar fielmente los bienes al objetivo preconstituído, siendo así que, por lo demás, no le sería permitido disponer de aquéllos.

Porque no hay medio: o subsiste la comunidad religiosa, con su carácter de asignatario de los bienes y continuador de la obra, con todas las cargas propias de la finalidad pía; o desaparece aniquilada por la nueva persona jurídica. Porque no se ve —repito— la razón para constituir una nueva sólo para recibir la herencia, mas no para administrarla y realizar directamente el empeño benéfico, a menos que se tema que la comunidad de religiosas y el Ordinario, como ejecutor que es de las pías voluntades, hagan mal uso de la herencia y consiguientemente sean indignos de la confianza depositada en ellos en orden al cumplimiento de los fines de la institución, y entonces sí podría justificarse la generación espontánea de un nuevo ente jurídico que evitara la catástrofe.

Pero, la catástrofe no entró en las previsiones de la testadora, porque, como buena cristiana, creía en la doctrina y en las instituciones de la Iglesia, según las cuales nada hay tan respetable, en punto a últimas voluntades, como las causas pías, cuya historia es una de las demostraciones más vivas del destino ultraterreno del hombre. Por lo demás, creo que no era la sentencia la llamada a evitar la catástrofe.

La testadora impuso a la comunidad de religiosas la condición de no vender ni donar los inmuebles. Esta condición no la impuso al ilusorio ente jurídico que la sentencia cree haber sorprendido en la entraña del testamento; la impuso a la persona jurídica eclesiástica, para el caso de cumplirse la contingencia de la disolución del grupo de colaboradores; la impuso, por tanto, a la comunidad de religiosas, no a ningún otro ente jurídico. Lo cual prueba, por una parte, que jamás pasó por la mente de la testadora la idea de una nueva persona jurídica que recibiera los bienes, porque entonces a ella y no a la comunidad, le habría impuesto la condición de no disponer de las propiedades; y por otra, que siendo entendida la condición, tanto en lo canónico (c. 1517 C. I. C.), como en lo civil (a. 36 de la Carta), revela no obstante en la testadora el querer explícito de que al retirarse sus compañeras, ingresaran a la comunidad la obra y los bienes, ya que a un mero tenedor no se le prohibe que venda o done los bienes que recibe.

F) Y termina así el fallo:

"Está, en consecuencia, abierto el campo para que se cumpla la voluntad de la testadora con validez plena. No es un derecho de ningún modo ineficaz la cláusula testamentaria que provee a la supervivencia del Amparo de Niñas Santa Cruz, desde luego que, además de lo dicho, dentro de los límites señalados por las normas de orden público, prevalece la voluntad de la testadora claramente manifestada, cuando se trata de saber la inteligencia y efecto de las disposiciones testamentarias, sobre la base siempre de que 'para conocer la voluntad del testador se estará más a la sustancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido'".

Está, sí, abierto un campo, pero no para cumplir la voluntad de la testadora, sino para quebrantarla, negando a la comunidad religiosa el derecho de recibir los bienes, y por tanto, el encargo de realizar los fines del Amparo, y desconociendo a la Iglesia el derecho de designar la comunidad religiosa en concreto. El campo sí está abierto en la cláusula testamentaria, para que se cumpla la voluntad genuina de la causante, porque, habiendo desaparecido el grupo auxiliar, la comunidad de religiosas designada por el Ordinario, según el canon 1515 del Código de Derecho Canónico, ya está en ejercicio de su minis-

terio, y en estricto derecho es titular de los bienes de la herencia, ya que habiéndose cumplido la condición prevista, este hecho realizó automáticamente la radicación de la propiedad de los bienes en la comunidad designada, de acuerdo con el régimen legal de las condiciones de esta especie.

Para lo cual no obsta el registro de la sentencia de adjudicación de los bienes hereditarios a nombre de un establecimiento inexistente en derecho, ya que la forma de adquisición de los bienes es la transmisión por causa de muerte, a favor de la persona natural o jurídica que exista —aquí la comunidad religiosa—, al tiempo de cumplirse la condición —aquí la disgregación del grupo—.

IIII. — Consecuencias ineludibles de la tesis de la sentencia, en el caso concreto y en la doctrina.

La tesis de la sentencia acarrea lógica y necesariamente estos efectos:

1º Queda eliminada la comunidad de religiosas, prevista por la testadora, designada en concreto por el Ordinario y que al realizarse el retiro de las colaboradoras, debía recibir la obra y los bienes y cumplir a perpetuidad los fines de la institución. Ello, con la infracción del artículo 36 de la Carta que prohibe cambiar o modificar el destino de las donaciones intervivos o mortis causa, y los preceptos legales que mandan cumplir las últimas voluntades. No deja de ser eliminada por el hecho de convertirla "en administradora y representante" del nuevo ente jurídico, porque la testadora no designó con tal carácter a la comunidad religiosa en relación con ninguna especie de persona moral.

2º—Se sustituye una persona moral de derecho canónico, por una persona de derecho privado secular, lo cual implica un franco desconocimiento de las creencias y sentimientos religiosos de quien, como católica y fundadora de un instituto de orientación fundamentalmente católica, quiso que sus bienes fuesen entregados a una comunidad de religiosas que realizara con ellos, permanentemente, los fines benéficos que se propuso, lo cual acusa también cambio en el destino de la asignación.

3º—Se desconoce a la Iglesia, en la persona del Ordinario, el derecho de designar la persona moral eclesiástica o comunidad de religiosas llamada a recibir los bienes en propiedad y que la testadora designó únicamente en términos generales, derecho estatuído en el canon 1515 del C. I. C., que los jueces civiles deben respetar, de acuerdo con el artículo 1º del Concordato.

4º—Se desconoce a la comunidad de religiosas elegida por el Ordinario, en ejercicio de esa facultad, la calidad de asignatario de la herencia y el derecho adquirido de recibirla y cumplir la finalidad de la institución, como si careciera de capacidad para adquirir bienes a título universal y por causa de muerte, y de idoneidad moral y espiritual, económica y administrativa, para cumplir una finalidad pía, en forma fiel y estable.

5º—En el campo de la doctrina:

A) Carecen de efectos las asignaciones hechas a una comunidad religiosa, no designada en concreto, para que continúe una obra pía ya fundada por el causante, pues tales asignaciones se entienden hechas a favor de una nueva persona moral, desde luego no canónica, sino civil o laica, que debe fundarse, sin embargo de no haberlo ordenado el testador.

B) El artículo 1º del Concordato, según el cual se ha de mantener a la Iglesia y a sus ministros en el goce pleno de sus derechos y prerrogativas, no obliga a los jueces en cùanto toca con el derecho del Ordinario, de señalar, de acuerdo con el canon 1515 del Código de Derecho Canónico, la persona jurídica eclesiástica que debe recibir los bienes y realizar los fines de una pía fundación canónica **lato sensu.**

C) Los artículos 5º y 10º del mismo texto concordatario, 633 del C. C., 24 y 27 de la ley 57 de 1887, no tienen sentido, en cuanto reconocen a las personas jurídicas eclesiásticas, capacidad para adquirir en propiedad toda clase de bienes a título universal o singular, entre vivos o por causa de muerte, cuando se trate de una pía fundación **lato sensu**; y

D) No obsta tampoco, en el mismo caso, la presencia del artículo 36 de la Constitución Nacional, que prohibe variar o modificar el destino de las donaciones entre vivos o por causa de muerte, ni la de los textos legales sobre transmisión de las herencias.

SEGUNDA PARTE

La cláusula cuarta del testamento contiene una voluntad pía canónica.

La validez de la cláusula cuarta no puede sustentarse ni en el carácter de persona jurídica

civil del Amparo, pues no lo tenía; tampoco en el de persona jurídica eclesiástica, ya que carecía de él, pues no se conoció el decreto de erección canónica, que para las personas morales **ab homine** exigen los cánones 100, 685, 687, 708, 1489 y 1490 del Código de Derecho Canónico (V. Juan Caviglioli, "Derecho Canónico". Trad. de Llamas Lourido, to. 1º, pág. 563; P. Ferreres, "Instituciones Canónicas", to. 2º, número 463, 3ª ed.; sentencia citada de la Corte de 15 de mayo de 1954. LXXVII, 585); tampoco en la disposición que la sentencia le atribuye a la testadora, para que se funde una nueva persona moral, contra el texto y el espíritu del testamento.

Se sustenta sencillamente, en los términos llanos de la disposición; en la voluntad de la testadora de encomendar su empeño a su grupo, conocido y probado, y en defecto de éste, a una comunidad de religiosas, y como la condición se cumplió, es la comunidad señalada por el Ordinario, el asignatario de la herencia vinculada al objeto benéfico: por esto y sólo por esto la cláusula es válida.

Los apartes siguientes componían la ponencia del suscrito Magistrado sobre el tercer cargo:

I. — LAS CAUSAS PIAS EN GENERAL

1.—**Causa pía** es todo fin u objetivo piadoso, religioso o de beneficencia. Su origen se remonta a los primeros tiempos de la era cristiana y su fuerza primitiva la recibió de la caridad prodigada a los peregrinos, extranjeros, enfermos y pobres, en casas destinadas a ser hospitalizados. Después extendió su acción a todo campo de beneficencia, de salud espiritual y de piedad. La Iglesia Católica vigorizó la institución que así pudo sobrevivir victoriosa a los embates de la Reforma; la Santa Sede sancionó siempre severamente a quienes desviaban o burlaban las últimas voluntades con tales fines, y en todo tiempo las enseñanzas de los Papas y la doctrina de los canonistas impulsaron a los fieles a emplear algo de su patrimonio temporal en tan elevada destinación. "Las obras pías son todas y sólo las que pertenecen al culto divino, la piedad y la misericordia. Es, pues, muy amplia la noción de obra o causa pía. Se debe notar, por ser de capital significación para la interpretación del código (C. I. C.) cómo la nota característica en la noción de causa pía, es la intención sobrenatural del que hace la liberalidad". (Alberto Campillo, "Instituciones de Utilidad Común". **Revista Eclesiástica Javeriana**. Bogotá, Vº 1º 1951, p. 91). "Causas pías son todas las entidades u obras que tienen un fin religioso o caritativo inspirado por un móvil sobrenatural, principalmente en favor de quienes necesitan auxilio". - (Verrmcersch-Creusen. "Epitome Iuris Canonici", tº 3º Nº 548).

2.—La **causa pía** es, pues, toda obra o fin religioso o caritativo, inspirado en un móvil sobrenatural. El canon 1513 la contempla en términos generales, para reconocer a los fieles capaces de disponer de sus bienes, según el derecho natural y canónico, la facultad de destinarlos a causas pías, por acto entre vivos o por causa de muerte. Dice así el parágrafo 1 de dicho precepto:

"1.—Quienes por derecho natural y eclesiástico pueden disponer libremente de sus bienes, pueden también dejarlos para causas piadosas, sea por actos entre vivos, sea por actos por causa de muerte" (Qui ex iure naturae et ecclesiaestico libere valet de suis bonis statuere, potest ad causas pías, sive per actum inter vivos sive per actum mortis causa, bona relinquere).

3. — La **pía voluntad** da forma concreta a la causa piadosa, y es, por tanto, el acto de voluntad por medio del cual se destinan bienes temporales a favor de una causa pía. Por lo cual la integran esencialmente estos elementos: 1º el abandono, transmisión, entrega o afectación de unos bienes temporales; 2º la destinación de ellos a la finalidad piadosa; y 3º el móvil sobrenatural.

De esta figura canónica habla el canon 1515 para prescribir que "los Ordinarios son ejecutores de las piadosas voluntades, tanto por causa de muerte como entre vivos". (Ordinarii omnium piarum voluntatum tam mortis causa quam inter vivos exsecutores sunt).

4.—La voluntad pía puede asumir cuatro formas, según la doctrina canónica:

a) La **fundación directa o común**, que es la afectación perpetua de una masa de bienes temporales y que es persona jurídica no colegiada (c. 1489);

b) El **encargo fiduciario**, que no es ente jurídico, sino simple destinación confidencial pía de unos bienes que se entregan a un clérigo o religioso (C. 1516);

c) La **pía fundación en sentido estricto**, que tampoco es persona jurídica, sino destinación de unos bienes a un objeto pío, con transmisión o entrega de ellos a una persona moral eclesiástica expresamente nombrada por el constituyente, con el encargo de cumplir el fin benéfico (c. 1544); y

d) **La pía fundación en sentido lato**, o sea, la destinación de bienes a un objeto pío, tal como reza el punto anterior, pero sin nombrar determinadamente la persona moral eclesiástica que haya de cumplirlo. No es función directa, pues no se provee a la constitución de una persona jurídica; ni fundación pía en sentido estricto, porque no se señala la persona moral eclesiástica que haya de recibir los bienes con las cargas anejas a la afectación; ni encargo fiduciario, pues no se designa el clérigo o religioso a quien se dejan los bienes; sino una mera destinación de cosas temporales a una finalidad piadosa, sin designación de persona que reciba los bienes y cumpla el cometido, como sería v. gr. el legado que se dejase, en términos generales, para impulsar los estudios eclesiásticos o para ordenar sacerdotes. Una asignación de esta laya no sería ni fundación directa, ni fundación pía en sentido estricto, ni encargo fiduciario. Pero no podría negarse en ella la presencia de los elementos esenciales de toda voluntad pía: desprendimiento o traspaso de cosas temporales, afectación piadosa y móvil sobrenatural.

5.—La existencia de esta cuarta clase de piadosas voluntades se apoya en el canon 1513, que las consagra en general, y en el 1515 que, al encomendar a los Ordinarios la ejecución de las pías voluntades, los autoriza implícitamente para designar la persona moral eclesiástica —la diócesis, inclusive— que, como sujeto de derecho, pueda adquirir y recibir los bienes, y en razón de sus actividades y disciplinas pueda ejecutar fielmente la finalidad piadosa.

La misión de dichos ejecutores, se limita, en las fundaciones comunes y en las pías fundaciones en sentido estricto, a la vigilancia necesaria para que se cumplan los fines piadosos, según el parágrafo 2 del mismo texto; en los encargos fiduciarios, a la forma prevista en el canon 1516; y en la pía fundación en sentido lato, a la designación de la persona jurídica que debe recibir la asignación y ejecutar la encomienda, así como a la vigilancia antedicha. Dice el autorizado comentarista del C. I. C., doctor Marcelino Cabreros de Anta, sobre el canon 1515: "En virtud de lo establecido en el parágrafo I, los Ordinarios son los únicos ejecutores natos de todas las piadosas voluntades cuyos fundadores o donantes **no hayan designado especiales ejecutores**; y en aquellas que los tengan les compete a los Ordinarios la vigilancia y la intervención que detalla el parágrafo 2, siendo de ningún valor cualquier cláusula contraria a ese derecho de los Ordinarios (parág. 3), por tratarse de asuntos que afectan el bien común. Por eso mismo no pueden los particulares disponer nada en contrario". (Nota al cit. c. 1515. "Código de Derecho Canónico y Legislación Complementaria", 2ª ed. Madrid).

6.—En el caso de autos no se trata de una fundación directa, puesto que el Amparo de Niñas Santa Cruz no era persona jurídica de origen canónico; ni de una pía fundación en sentido estricto, porque no indica el testamento la persona moral eclesiástica a la cual debía adherir; ni tampoco de un encargo fiduciario, como es evidente. Pero, sí de una causa pía de la cuarta especie, pues no hay duda acerca del fin sobrenatural que guió a la testadora, ni del objeto pío perseguido, ni de la afectación de la herencia a tal objeto.

III. — La ley civil reconoce las pías voluntades de carácter canónico.

7.—Es muy sencilla la demostración de dicha tesis:

1º — Las personas morales eclesiásticas tienen capacidad de derecho y de obrar, y por lo mismo aptitud legal para adquirir toda clase de bienes, intervivos o mortis causa, de acuerdo con los artículos 2º, 4º, 5º y 10º del Concordato, 633 del C. C., 24, 25, 26 y 27 de la ley 57 de 1887; por tanto, implicando la pía voluntad una transmisión de bienes, las personas jurídicas eclesiásticas tienen capacidad legal para recibirlos en propiedad.

2º—En consecuencia, la pía fundación **stricto sensu**, o sea aquella que adhiere a una persona moral eclesiástica que recibe los bienes con la carga de emplearlos en el destino prefijado (c. 1544), es válida ante la ley civil y debe ser reconocida por las autoridades del Estado, pues se trata de una aplicación de la capacidad de la persona jurídica eclesiástica.

Ahora bien: Una pía fundación en sentido estricto y una pía fundación en sentido lato, no se diferencian sino en que al paso que la primera señala la persona moral eclesiástica que ha de recibir los bienes y cumplir el encargo, la segunda no designa ente alguno en concreto. Mas, como el señalamiento concierne al Ordinario, en su calidad de ejecutor nato de las pías voluntades, según el canon 1515, es como si el propio testador lo hiciera, ya que la función del Ordinario no tiene sino un alcance supletorio, esto es,

para los casos en que el fundador deje de indicar el ente moral, por olvido, desconocimiento de la norma o voluntaria deferencia para con el ejecutor. En el fondo se trata de una misma figura de derecho canónico.

3º—En el caso presente, el Ordinario de la Diócesis de Manizales, cumpliendo el querer de la causante de que la obra con sus bienes pasara a una comunidad religiosa, en caso de disgregación de su grupo, hizo la designación en la comunidad de religiosas de "Hermanas de la Sagrada Familia", como consta en el juicio.

4º — Está dicho que el expresado derecho del Ordinario está reconocido por el artículo 1º del Concordato, al garantizar a la Iglesia el libre y pleno ejercicio de sus derechos y prerrogativas, fuera de que el artículo 36 de la Carta prohibe mudar o alterar el destino de las donaciones intervivos o por testamento, hechas con fines de interés social.

III. — El móvil sobrenatural

8. — El P. Fernández Regatillo, Decano de la Facultad de Derecho Canónico de la Pontificia Universidad de Comillas, reconocida autoridad en esta materia, dice que "se llama voluntad piadosa cualquiera disposición de los bienes para un fin sobrenatural, esto es, de virtud cristiana, como la caridad o la religión, no de filantropía o de amor puramente humano sin ninguna relación con Dios". ("Instituciones de Derecho Canónico". 4ª ed. V. 2º número 296). El P. Ramón Bidagor, decano actual de la Facultad de Derecho Canónico de la Pontificia Universidad Gregoriana de Roma, enseña que "la causa pía y la voluntad pía tenían ya su sentido en el derecho romano; mas, sin embargo, en derecho canónico se ha de entender aquella voluntad sobrenatural, según la naturaleza de la Iglesia, que hace que aquéllas caigan exclusivamente bajo el dominio y potestad de la misma Iglesia, y así, se deben distinguir de las comunes y ordinarias voluntades piadosas inspiradas en un motivo civil o filantrópico", y agrega que "la distinción de este fin sobrenatural, de los fines puramente naturales, puede ser a veces difícil, y entonces **hay que recurrir a las presunciones**".

Un notable tratadista moderno, el P. Mateo A. Coronata, dice: "Tratándose de cristianos, el fin sobrenatural, como más meritorio para el agente, con razón se presume, si bien es cierto que contra esta presunción también se admite prueba. Y si los bienes temporales se dejan para un fin naturalmente piadoso, v. gr. para alivio de los pobres, excluyendo positivamente el motivo de caridad sobrenatural, la causa se tendría por filantrópica, y de ella no trata el C. I. C." ("Instituciones de Derecho Canónico", 2ª ed. v. 2º, número 1053).

A esto se agrega una decisión de la S. Rota Romana de 9 de julio de 1920, según la cual si se organiza una persona jurídica civil, con un fin pío, y se le entregan bienes temporales para realizarlo, se tratará de una causa laica; de modo que a **contrario sensu**, si se entregan bienes a una persona eclesiástica, con un objeto piadoso, la causa es pía canónica. Otra decisión de 30 de julio de 1930, reza que si se entregan bienes para un fin piadoso, sin la intervención de la Iglesia, no hay causa pía canónica, y tales bienes permanecen en el dominio privado, no sujetos a las leyes eclesiásticas; de donde se sigue que entregados a la Iglesia o a una persona jurídica de derecho canónico, la causa pía queda comprendida en el campo de las causas pías canónicas. Comenta estas decisiones la autoridad de José Maldonado y Fernández del Toro, Catedrático y Letrado del Consejo de Estado (Madrid), diciendo que para que exista causa pía eclesiástica es necesaria la erección de un ente jurídico de carácter canónico, o que se entreguen bienes temporales a una persona moral eclesiástica ya existente, de lo cual se infiere que la entrega de bienes a una persona moral eclesiástica, con una afectación piadosa, configure una causa pía canónica. ("Las causas Pías ante el Derecho Civil". José Maldonado y Fernández del Toro. Rev. de Derecho Canónico. Madrid. II, mayo y agosto de 1950).

9.—Se deduce de los conceptos y las decisiones referidos que el móvil sobrenatural es de la esencia de la causa pía de esta especie; que dicho móvil se presume, en tratándose de instituciones fundadas por cristianos, si bien la presunción no es **juris et de jure**, y que desde el momento en que a la destinación piadosa se agrega la entrega de los bienes de una persona moral o eclesiástica, no hay duda de que se trata de causa pía canónica.

10.—En el presente caso, el móvil sobrenatural de la testadora aparece de dos hechos establecidos: A) la orientación religiosa de la educación dispensada a las hijas de los pobres; y B) la voluntad de la causante, de que al cumplirse el evento de la disgregación de su grupo, pasasen la obra y el patrimonio a una comuni-

dad religiosa, esto es, a una persona moral eclesiástica, que perpetuase su propósito.

A) La orientación religiosa de la educación dada a la niñez desvalida, consta en diferentes piezas del proceso, especialmente en la demanda, en cuyo hecho 19º la parte actora afirma que el establecimiento "estuvo orientado a la educación religiosa" (f. 70 v. C. 1º). Como circunstancias coadyuvante figuran: a) el carácter de católica practicante de Teresa de Jesús Montes G. (v. declaración del f. 46 y el hecho 21º de la demanda, f. 70 v. ib.), carácter que los especialistas en esta materia hallan de mucha importancia; b) las declaraciones del grupo colaborador sobre los intereses **religiosos** vinculados a la supervivencia del instituto, formuladas en la diligencia de secuestro de los bienes sucesorales, efectuado en el juicio mortuorio de la causante (f. 34 ib.); y c) las declaraciones del mismo grupo, según las cuales entregando el establecimiento a una comunidad de religiosas se cumpliría "la voluntad de la testadora para bien de la sociedad y gloria de Dios" (ib.).

Habiendo sido orientado por su fundadora "a la educación religiosa", era la formación religiosa según la doctrina de la Iglesia Católica, la base esencial de la enseñanza y de la protección que en el instituto recibía la niñez desamparada. Donde y cuandoquiera una institución persiga **como orientación,** esto es, como objeto, meta o finalidad primordial, la formación religiosa, significa que esta formación es la razón de ser de la institución, de tal suerte que si se prescindiese de la orientación religiosa, la institución dejaría de ser. Y siempre que se trate de un instituto así orientado, no podrá menos de hallarse en el fundador un interés o fin moral de servir a Dios, de orientar a los seres humanos por caminos que los conduzcan a El y de merecer gracias para el alma. Esto es lo que se llama "móvil sobrenatural", característica de las pías voluntades canónicas y cuya presencia en la obra de Teresa de Jesús Montes es indudable.

B) Ello bastaría para probar el móvil sobrenatural. Mas, otro hecho lo revela también: el de haber dispuesto la causante que al disolverse las cooperadoras, la obra, con los bienes de la herencia, **pasara a una comunidad de religiosas** que prosiguiese a perpetuidad la misión de proteger a la niñez desamparada. Aquí, de las presunciones de que hablan los expertos: si **un católico designa una comunidad religiosa, como heredero o legatario de bienes destinados a una obra de caridad,** hay en ello una presunción legal de que existe el móvil sobrenatural; y si un católico funda una obra, **con base esencial en la enseñanza religiosa, para proteger a la niñez de las clases desvalidas y gloria de Dios,** y con el objeto de que perdure después de sus días **manda entregarla a una comunidad religiosa,** la presunción legal toca en los lindes de la presunción de derecho.

Así, pues, es evidente el móvil sobrenatural en la voluntad de Teresa de Jesús Montes G., expresada en la cláusula cuarta de su testamento, y por tanto, se trata de una voluntad pía canónica, en la cual corresponde al Ordinario señalar la persona jurídica eclesiástica que reciba los bienes y continúe el benéfico empeño.

12.—Conviene agregar que el artículo 1113 del C. C. se refiere a las causas pías laicas y no a las de derecho eclesiástico, como es obvio. Sería absurdo que siguiendo lo estatuído en él, la asignación para formar clérigos católicos o fomentar la devoción de San Francisco de Asís o los estudios eclesiásticos, sin especificar la forma de inversión, fuese a parar al "establecimiento de beneficencia" que determinara el Jefe Político del Territorio. Es verdad que el artículo 1113 contempla las asignaciones para **el alma del testador** —que envuelve causas pías canónicas— mas esto era explicable en el C. C. de 1873, en razón del artículo 1021 que prohibía a las comunidades religiosas recibir herencia o legado, de modo que la asignación para el alma del testador no podía ser recibida por una persona moral de derecho canónico —que era incapaz— sino por el establecimiento de beneficencia que designara el Jefe del Territorio. Pero, derogado el artículo 1021 por el 27 de la ley 57 de 1887 y vigentes los artículos 1º a 5º y 10º del Concordato, tal tipo de asignaciones, como las demás causas pías canónicas, se gobiernan por las respectivas disposiciones del C. I. C., y como la cláusula del testamento de estos autos, contiene una pía voluntad canónica, es al Ordinario a quien corresponde señalar la persona moral eclesiástica que reciba el patrimonio afectado a perpetuidad por la destinación piadosa, como lo hizo en efecto el señor Obispo de Manizales, pero sin el aditamento del nuevo ente moral que la sentencia descubrió en la voluntad testamentaria.

IV. — Conclusiones

Primera.—No habiendo sido el Amparo de Ni-

ñas Santa Cruz una persona jurídica civil o canónica, era incapaz para recibir herencia o legado, según el inciso 1º del artículo 1020 del C. C. y los preceptos citados del Código de Derecho Canónico.

Segunda.—No habiendo ordenado la testadora la fundación de una persona moral —de carácter civil— sino que, al disolverse su grupo, se entregase la obra —y los bienes hereditarios— a una comunidad de religiosas, la validez de la cláusula cuarta del testamento no puede fundarse en esa inexistente disposición de constituir un nuevo ente jurídico, sino en los términos llanos de la cláusula, según los cuales fue instituída una comunidad de religiosas, sucesora de la causante en sus bienes y en su obra, para el evento de que le grupo de colaboradoras no continuase al frente de ella. El evento se cumplió; luego, el asignatario de la herencia afectada con el objeto piadoso, es la comunidad de religiosas y no otro ente jurídico, a cuya fundación no proveyó la testadora.

Tercera.—En consecuencia, en puro derecho y según los principios que rigen la adquisición de los bienes con motivo de la muerte de la persona, cuando median hechos condicionales, el titular de los bienes hereditarios es la comunidad de religiosas, desde el momento en que el grupo se disolvió, debido al efecto automático de esta clase de condiciones. El registro de la adjudicación hecha en el juicio mortuorio de Teresa de Jesús Montes, a nombre de un establecimiento que no era persona moral, carece de alcance jurídico, pues la inscripción de las sentencias de adjudicación en los juicios mortuorios, ni transfiere ni transmite, porque, en cuanto a lo primero, la tradición no juega donde obra el modo de la sucesión por causa de muerte, y en cuanto a lo segundo, la transmisión no se hace por el registro, sino por el expresado modo, compuesto de tres factores: la muerte del causante, la vocación hereditaria del heredero y la aceptación de la herencia. El registro cancela la inscripción del heredero, y publica el mismo hecho de la transmisión **mortis causa**, pero, ni transfiere ni transmite. El fallo desconoce estos efectos, ya que prevé la formación de la nueva persona jurídica, que habría de ser la propietaria de los bienes, no obstante el hecho condicional cumplido.

Cuarta.—La cláusula cuarta configura una fundación pía canónica **lato sensu** de acuerdo con los cánones 1513 y 1515 del Código de Derecho Canónico, fundación en la cual la designación de la persona moral eclesiástica que reciba los bienes temporales y cumpla fielmente y de manera perpetua el objeto de su destinación, corresponde al Ordinario, en su carácter de ejecutor nato de las pías voluntades de derecho canónico, según el último de los cánones citados.

Quinta.—Esa designación no incumbe al Jefe del Territorio, primero, porque el artículo 1113 del C. C., que lo dispone así, es aplicable a las causas pías profanas o laicas y no a las canónicas; segundo, porque el Jefe del Territorio tendrá que designar un establecimiento de beneficencia, según lo manda el mismo texto, establecimiento que tendría que ser oficial, según el concepto de establecimiento público consagrado en el artículo 80 de la ley 153 de 1887; y por último, porque sería absurdo que el Jefe del Territorio sea el llamado a elegir la entidad moral eclesiástica que deba ejecutar una causa pía que tuviera por objeto v. gr. fomentar la predicación cristiana o la devoción a los mártires de la Iglesia.

Sexta.—El derecho del Ordinario a nombrar la persona jurídica eclesiástica que reciba los bienes y cumpla el objeto benéfico, cuando en la pía fundación deja de nombrarla el testador, es uno de los derechos de la Iglesia que los poderes públicos de Colombia se obligaron a respetar y mantener, según el artículo 1º del Concordato, y de esta suerte su reconocimiento obliga a los Jueces.

Séptima.—La pía voluntad de Teresa de Jesús Montes, es de orden canónico, no sólo por el móvil sobrenatural que la inspiró, sino también por haber instituído a una comunidad de religiosas, es decir, una persona jurídica eclesiástica, circunstancia que hace presumir dicho móvil, según la doctrina de la S. Rota Romana y de los canonistas.

Octava.—Por tanto, la validez de la cláusula cuarta del testamento, no es, como la sentencia lo sostiene, porque hubiese dispuesto la testadora la fundación de una nueva persona moral —que de ello no se ocupó, por ser inútil y aún por ser de índole civil— sino por haber instituído asignataria universal de sus bienes y de su obra, a una comunidad de religiosas, para el caso de que el grupo de colaboradoras se disgregara.

José J. Gómez R.

Bogotá, noviembre 30 de 1955.

REIVINDICACION. — CARGO EN CASACION POR SUPUESTA INFRACCION DEL ARTICULO 1º DEL DECRETO LEGISLATIVO 243 DE 1951 QUE SE REFIERE A LA OPORTUNIDAD DE RECIBIR EL PLEITO A PRUEBA EN LA SEGUNDA INSTANCIA. — LAS HIJUELAS DE ADJUDICACION EN JUICIO SUCESORIO COMO PRUEBA SUFICIENTE DE DOMINIO

1.—El artículo 1º del Decreto Legislativo 243 de 1951 no se refiere a los medios de prueba y su valor legal, para efectos de la acusación por error de derecho, sino sólo a la oportunidad de recibir el pleito a pruebas en la segunda instancia.

2.—Concierne a la causal 1ª de casación la guarda de las normas sustantivas en su contenido abstracto, cuando sean desconocidas directamente o porque su espíritu se desvirtúe a través de errónea interpretación; o en su contenido jurídico concreto, cuando la ley sustantiva está aplicada indebidamente al caso sub judice. Son siempre errores in iudicando, de tal suerte que la causal 1ª no se predica si los motivos que se aducen en el recurso están en función de errores in procedendo vinculados a la causal 6ª, supuesto que se tratara de las nulidades allí previstas.

3.—Si el juicio reivindicatorio es por su naturaleza plenario y de la contestación del libelo inicial no surge el relevo de prueba por cuanto el demandado reconozca de plano la veracidad de todos y cada uno de los hechos generadores, en cuanto sea admisible la confesión, la causa se abre a pruebas en cumplimiento de las fórmulas propias del juicio, según el imperativo que arranca del artículo 26 de la Carta. Si las partes pueden hacer uso de ese término o no emplearlo a su albedrío, es precisamente porque el término existe. Y si no obstante las restricciones establecidas por el Decreto 243 en busca de acelerar los procedimientos ordinarios, es posible pedir en el segundo grado la práctica de inspección ocular, prueba que por lo demás el sentenciador habría podido decretar para mejor proveer, no es susceptible de reparos el adelantamiento de la instancia porque aparezca que por auto ejecutoriado, sin observación alguna de las partes, el Tribunal decretará la práctica de aquella diligencia.

4.—Para probar el dominio de los bienes adjudicados en juicio sucesorio es suficiente la hijuela en litigios entre los mismos coherederos o copartícipes, pues es obvio que al derivar de la misma fuente el derecho de las personas ligadas en la controversia, es inoficioso el estudio de las titulaciones demostrativas del dominio del causante común. (V. G. J. número 2159, pág. 502, sentencia de casación de 31 de octubre de 1955).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre treinta de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

Ante el Juzgado del Circuito de Bolívar (Antioquia) y como adjudicatarios en la sucesión de Demetrio Marulanda Z., el Pbro. Víctor Gómez O. y Gabriel Rojas V. instauraron juicio reivindicatorio contra la cónyuge sobreviviente Leonisa Arango viuda de Marulanda sobre varios inmuebles que la demanda inicial relaciona.

El primer grado del proceso terminó por sentencia del 21 de abril de 1954, en que el Juez del conocimiento despachó favorablemente las súplicas del libelo, con las condenaciones para los poseedores de mala fe y por las costas judiciales.

Abierta la segunda instancia por apelación que interpuso la parte demandada, el Tribunal Superior de Medellín vino a desatarla en su fallo del 15 de diciembre de 1954, en que resolvió confirmar la providencia recurrida, con la salvedad de darle a la demandada el tratamiento que corresponde a los poseedores de buena fe. Las costas de la instancia quedaron a cargo de la viuda de Marulanda.

En casación ha recurrido la misma parte demandada, y se acusa la sentencia, en libelo claro

y metódico, por la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial.

Consiste el cargo en alegar infracción del artículo 1º del Decreto Legislativo 243 de 1951 y de los artículos 597, 636, 724, 725, 727, 728 y 730 del Código Judicial por errores de derecho al apreciar el acta de inspección ocular de fechas 16 y 17 de agosto de 1954, las escrituras 195 de 12 de julio de 1948, Notaría de Betania, y 189 de 10 de marzo de 1926, Notaría de Pueblo Rico, así como los certificados del Registrador de Instrumentos Públicos de Bolívar, que aparecen a fs. 11 a 14 de la actuación del Tribunal, lo que, en sentir del recurrente, condujo al sentenciador a darle aplicación indebida a los artículos 946, 949, 950, 952 y 966 del Código Civil.

Comenta el citado artículo 1º del Decreto Legislativo 243 de 1951 y entiende la demanda de casación que en este proceso no debió concederse término de pruebas en la segunda instancia, por cuanto en el primer grado ninguna de las partes hizo uso del término que se les concediera para pedirlas, y no hubo, por lo mismo, la oportunidad de señalar el necesario para practicarlas. Sostiene así que en la primera instancia no existió verdadero término de pruebas, aunque el Juzgado recibiera el juicio a pruebas y puesto que ninguna de las partes las solicitara. Expresa que las hipótesis contempladas por aquel texto del Decreto Legislativo suponen pruebas que dejaron de practicarse en primera instancia o inspecciones oculares, en las cuales deben probarse hechos; que en el presente juicio no ha existido debate probatorio iniciado ante el Juez del conocimiento, de donde deduce que:

"Es, por tanto, evidente que no había lugar a la apertura de pruebas durante la segunda instancia del juicio, ni siquiera para la práctica de una inspección ocular, porque no procedió un término de pruebas durante la primera instancia del juicio. Al apreciar pruebas pedidas, decretadas y practicadas contra los preceptos del artículo 1º del Decreto 243, cometió el Tribunal un error de derecho".

Por otro aspecto y sobre la base de ser legal la apertura a pruebas para el efecto de practicar la inspección ocular pedida por el actor, considera el recurrente que hubo error de derecho en el Tribunal cuando estimó como pruebas las escrituras y certificados que se presentaron en el acto de aquella diligencia, puesto que no dicen referencia a los hechos sobre que debe versar la sujeta materia de las inspecciones oculares, que, en el caso de autos, tenía por objeto la identificación de los inmuebles reivindicados. Y agrega:

"Ya en el auto de apertura a pruebas el Magistrado sustanciador había determinado: 'Con el solo fin (subraya el recurrente) de practicar la diligencia de inspección ocular a que se refiere el memorial anterior, se recibe el presente juicio a pruebas..." (fs. 3, cuaderno de la actuación del Tribunal).

"Es claro que, no sólo por virtud de lo dispuesto en la ley —en el caso de que la inspección ocular hubiera podido ser decretada— sino también por expresa decisión del juzgador, la diligencia decretada quedó circunscrita al solo propósito de identificar los predios cuya reivindicación pretendía el actor.

"No había, pues, lugar a que el demandante intentara, bajo el pretexto de una inspección ocular, probar otros hechos que no probó en la primera instancia. No podía el actor, bajo el pretexto de una inspección ocular, aportar pruebas que, de haber pedido en esta segunda instancia, le habrían sido negadas por no reunir los requisitos del artículo 1º del Decreto 243 de 1951, aún en el caso de considerarse que precedió en la primera instancia de este juicio un término probatorio. Me refiero a la recepción de las escrituras y certificados acompañados durante el acto de la inspección ocular".

De donde desprende que como los documentos aducidos en la inspección ocular eran ajenos a la identificación de los inmuebles, no debió el Tribunal concederles mérito probatorio alguno. Y concreta el cargo así:

"Al errar el Tribunal en cuanto a la apertura a pruebas del juicio, contra lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 243 de 1951, y por consiguiente al estimar indebidamente las pruebas de inspección ocular y los documentos presentados en la misma diligencia, dedujo el fallo que los inmuebles que se demandan están debidamente identificados; que estaban en poder y bajo la posesión de la demandada; y que los demandantes eran dueños de ellos. Lo cual lo condujo a aplicar indebidamente los textos del Código Civil relativos a la acción reivindicatoria citados en esta demanda.

"Al errar el Tribunal en cuanto a la consideración de las pruebas presentadas en el acto de la inspección ocular, interpretando erróneamente el numeral 2º del artículo 597 del Código Judicial; no dando aplicación al artículo 636 ibidem; desconociendo el objeto y las limitaciones de la

prueba de inspección ocular según el texto de los artículos 725, 727, 728 y 730 del Código Judicial, en concordancia con el artículo 1º del Decreto 243 de 1951, y por consiguiente al estimar indebidamente las escrituras y certificados presentados durante la diligencia, dio por demostrado el hecho de que los demandantes tienen mejor derecho que la demandada sobre los objetos de la reivindicación, hecho que no está debidamente establecido si no se consideran como prueba los documentos indebidamente apreciados; a consecuencia de lo cual el Tribunal aplicó indebidamente al caso del pleito los textos del Código Civil relativos a la acción reivindicatoria citados en este escrito".

Se considera:

El artículo 1º del Decreto Legislativo 243 de 1951 no se refiere a los medios de prueba y su valor legal, para efectos de la acusación por error de derecho, sino sólo a la oportunidad de recibir el pleito a pruebas en la segunda instancia.

Concierne a la causal 1ª de casación la guarda de las normas sustantivas en su contenido abstracto, cuando sean desconocidas directamente o porque su espíritu se desvirtúe a través de errónea interpretación; o en su contenido jurídico concreto, cuando la ley sustantiva está aplicada indebidamente al caso **sub judice**. Son siempre errores **in iudicando**, de tal suerte que la causal 1ª no se predica si los motivos que se aducen en el recurso están en función de errores **in procedendo** vinculados a la causal 6ª, supuesto que se tratara de las nulidades allí previstas, desde luego que no toda informalidad de procedimiento alcanza a la invalidez del juicio y, menos aún, a ser dirimente de la sentencia de instancia dentro del recurso extraordinario de casación.

Si el juicio reivindicatorio es por su naturaleza plenario y de la contestación del libelo inicial no surge el relevo de prueba por cuanto el demandado reconozca de plano la veracidad de todos y cada uno de los hechos generadores, en cuanto sea admisible la confesión, la causa se abre a pruebas en cumplimiento de las fórmulas propias del juicio, según el imperativo que arranca del artículo 26 de la Carta. Si las partes pueden hacer uso de ese término o no emplearlo a su albedrío, es precisamente porque el término existe. Y si no obstante las restricciones establecidas por el Decreto 243 en busca de acelerar los procedimientos ordinarios, es posible pedir en el segundo grado la práctica de inspección ocular, prueba que por lo demás el sentenciador habría podido decretar para mejor proveer, no es susceptible de reparos el adelantamiento de la instancia porque aparezca que por auto ejecutoriado, sin observación alguna de las partes, el Tribunal decretara la práctica de aquella diligencia. Lo hecho entonces en el curso del procedimiento no es censurable en casación, y menos por la causal 1ª.

Por otra parte, no se ha discutido el valor intrínseco de la prueba para acreditar la titularidad del actor, sino que sólo se plantea la cuestión conducente a establecer si aquellas escrituras y certificaciones presentadas en la diligencia de inspección ocular ingresaron o no al proceso. Pero, además de que los poderes discrecionales del sentenciador encuentran amplio campo de aplicación en punto a conducencia con lo que es objeto del examen ocular, debe observarse que en cuanto al propio aspecto de la legitimación en causa, no se detiene el recurrente a considerar si por tratarse de litigantes que fueron partícipes todos en el juicio sucesorio de Demetrio Marulanda Z., a quien pertenecieron los bienes reivindicados, era de suyo bastante la hijuela, anexa a la demanda inicial, para demostrar la titularidad de la parte actora en sus relaciones recíprocas con la demandada, cuando es obvio que por derivar de la misma fuente el derecho de las personas ligadas en la controversia, sería inoficioso el estudio de las titulaciones demostrativas del dominio del causante común, que es la materia de las dichas certificaciones y escrituras agregadas a los autos en el curso de aquella inspección ocular. (V. sentencia de casación de 31 de octubre de 1955, no publicada todavía en la GACETA JUDICIAL).

En consecuencia, el cargo no está llamado a prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del 15 de diciembre de 1954 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Manuel Barrera Parra—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez — Julio Pardo Dávila.— El Secretario, Ernesto Melendro L.

ACCION RESOLUTORIA DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA POR INCUMPLIMIENTO DE UNA DE LAS PARTES Y CONSECUENCIAL DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — RESPONSABILIDAD DE LOS URBANIZADORES POR LA NEGATIVA DE LA AUTORIDAD MUNICIPAL EN CONCEDER LICENCIA A LOS COMPRADORES DE LOTES PARA CONSTRUIR. — INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS

1. — El destino económico manifiesto de los predios urbanizados consiste en que los respectivos solares sean susceptibles de ingresar al área edificada de las ciudades, mediante el lleno de los requerimientos exigidos en la materia. Es una finalidad obvia que se incorpora en la naturaleza misma de la contratación, cuando se trata de compraventas que tienen por objeto, no terrenos para urbanizar, sino terrenos urbanizados; por lo que aparece del mismo modo claro el deber general que pesa sobre los vendedores acerca del cumplimiento pleno de las condiciones exigidas por las autoridades municipales para cancelar las respectivas licencias de edificación. De allí también la necesidad jurídica en que los urbanizadores se encuentran, de prever todo lo conducente a que los solares, como objeto propio de su empresa, puedan ser utilizados en construcciones por quienes los compran, precisamente para que la finalidad de la compra no se vea frustrada y la principal obligación del vendedor no resulte incumplida.

En principio, no cabe hablar de fuerza mayor que haga imposible la promesa del vendedor, cuando es negada por la autoridad municipal la respectiva licencia para construir, puesto que si el impedimento se produce, no dependerá por lo común de causas imprevistas. Para que en un caso dado pueda cesar la responsabilidad del vendedor, será preciso que en concreto se pruebe cómo dentro de lo normal, de lo razonable y lo previsible por quienes asumen profesionalmente el papel de urbanizadores, fue inevitable el resultado adverso, negativo de la licencia para edificar, irresistible como acto de autoridad, pero por regla general no imprevisible para quien precisamente se encuentra en la necesidad jurídica de prever. La excepción debe ser comprobada plenamente, puesto que rompe la regla general.

2. — Respecto a los artículos 1909, inciso final, 1986, inciso 3º, y 1990 del Código Civil, que se dicen infringidos. es de observar que el Tribunal no confundió fenómenos o figuras jurídicas para regirlas indistintamente por iguales normas, sino sólo que al interpretar la compravemta cuestionada y la posibilidad de su resolución en parte, abstrajo los principios de equidad en que se inspiran aquellas disposiciones, para escrutar los fines de la contratación y administrar justicia. Lo cual lejos de herir las reglas de hermenéutica, está en conformidad con lo estatuído por la Ley 153 de 1887 en sus artículos 5º y 8º que invocan la equidad natural, los principios generales del derecho y el criterio de analogía para aclarar o armonizar las disposiciones del legislador o para cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, en que se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes. Así es como las normas jurídicas, incapaces de contemplar todas y cada una de las situaciones concretas que suelen ser cambiantes en la vida de los pueblos, más complejas a medida que el progreso avanza, llegan sin embargo a conseguir la flexibilidad necesaria para adaptarse a los hechos nuevos y regirlos por modo equitativo, como cristalización de la buena fe que debe presidir la convivencia humana.

3. — Cuando el incumplimiento sirve de base para que la justicia desate el vínculo contractual, la parte incumplida no está en posición que le permita derivar ninguna ventaja de su propio hecho contrario a las regulaciones jurídicas. A la inversa, se encuentra en el deber de resarcir los perjui-

cios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato, o, si hubiere dolo, los que sean consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación. (Artículos 1546 y 1616 del Código Civil).

Habría ventaja para el vendedor incumplido si al ser resuelto el contrato se limitara su deber a la restitución lisa y llana del precio, desde luego que el uso del dinero quedaría en su provecho, cuando ya la causa jurídica de la recepción se encuentra extinguida con efecto de volver las cosas al estado precontractual.

Desaparecida la causa, se produciría enriquecimiento injusto para el vendedor si pudiera privar al comprador, sin resarcirlo, de la utilización del precio pagado. El uso del dinero se mide en lo económico por la tasa del interés, de manera que el tanto por ciento es debido desde cuando el precio pasó de unas manos a las otras por virtud de un contrato cuya existencia se destruye, y que al extinguirse origina en derecho la obligación de pagar una suma de dinero. No es necesario justificar perjuicio cuando el acreedor sólo cobra intereses, los cuales se deben cuando menos a la tasa legal del seis por ciento anual. (Artículo 1617 del Código Civil). Se atiende así al lucro cesante sufrido por el comprador como perjuicio subsecuente del contrato resuelto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, noviembre treinta de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

Germán Montoya Vélez y Luis Restrepo demandaron a Francisco Saldarriaga y Lucía Burgos de Saldarriaga para que por sentencia se declarara resuelta la compraventa contenida en la escritura pública 3424 otorgada el 23 de abril de 1951 en la Notaría 4ª de Medellín, de modo que el dominio de los inmuebles objeto de contrato volviese a los demandados, y a manos de los demandantes la parte del precio pagado de contado. Suplicaron también indemnización de perjuicios, por daño emergente y lucro cesante ocasionados por el incumplimiento, aparte del pago de las costas procesales.

Puso término al litigio en primera instancia el Juez 1º Civil del Circuito de Medellín, quien pronunció fallo plenamente absolutorio con fecha 3 de marzo de 1954. En tanto que el Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial, en conocimiento del recurso de alzada interpuesto por los actores, resolvió:

"1º — **Se declara resuelto,** por las razones expuestas en la motivación, el contrato constante en la escritura número 3424 de 23 de abril de 1951, de la Notaría 4ª de Medellín, pero únicamente en lo tocante al inmueble de que habla el literal a) de la cláusula primera, por la cual los demandados señores Francisco Saldarriaga y Lucía Burgos de S. vendieron a los señores Germán Montoya Vélez y Luis Restrepo R. los lotes 1, 2, 3, 4 y 5 de la manzana (1), de la Urbanización "San Isidro", fracción América de este Municipio de Medellín.

"2º—Consecuencialmente las cosas vuelven a su estado anterior, y se ordena cancelar el registro respectivo y tomar nota de este fallo al margen de la escritura matriz. Los demandantes harán entrega material del predio a los vendedores, y éstos devolverán a los compradores cuanto hayan recibido como precio de la manzana indicada, con los respectivos intereses legales desde que se hicieron exigibles. Además, deben los opositores indemnizar a los accionistas por razón de los gastos que hubieron de realizar con miras a conseguir que el Municipio de Medellín les permitiera edificar en dicha manzana, y reconocerles también cuanto dicho predio se haya valorizado hasta la notificación de la demanda. Se regulará la indemnización por los trámites del artículo 553 del Código Judicial.

"3º—No se hacen las demás declaratorias impetradas.

"4º—Los demandados pagarán la mitad de las costas de la primera instancia.

"5º—Queda así reemplazado el fallo de primer grado.

"6º—Sin costas en la apelación".

Ambas partes interpusieron recurso de casación, y cumplidos los trámites de procedimiento, es el caso de examinar las respectivas demandas, en orden lógico, según lo previsto por el artículo 537 del Código Judicial.

* * *

Los cargos tercero y segundo que aduce la parte demandada recurrente con apoyo en la causal 1ª de casación, permiten su estudio conjunto, desde luego que sus argumentos en el fondo coinciden.

Se alega violación de los artículos 1604, 1607, 1546, 1876 del Código Civil, y 1º de la Ley 95 de 1890. Considera el recurrente que a tiempo de la escritura 3424 de 23 de abril de 1951, los lotes 1, 2, 3, 4 y 5 de la manzana 1, tenían licencia del Municipio de Medellín para edificar. Que posteriormente ese permiso fue retirado, lo cual configura el caso fortuito, en los términos del artículo 1º de la Ley 95 de 1890, cuando dice:

"Se llama **fuerza mayor** o **caso fortuito** el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."

Estima que el acto de autoridad consistente en el retiro de la licencia para edificar por parte del Municipio de Medellín, es típico caso fortuito "que impide en muchos casos el exacto cumplimiento de la obligación". Y agrega:

"Caso fortuito, según el Diccionario de Derecho Privado de Ignacio de Casso y Romero y Francisco Cervera y Jiménez Alfaro es, según Ravá, a quien transcriben, 'el acontecimiento que no puede generalmente preverse', y según Goviello, 'aquello que independientemente de la culpa del obligado impide el exacto cumplimiento de la obligación'.

"Apareciendo de autos la existencia, por una parte, de un caso fortuito y por otra, tal como lo dice el Juez del Circuito en su fallo, que este caso fortuito no fue previsto en el ordinal d) de la cláusula 6ª para ser causa de la devolución de los lotes, pues la frase 'entregar los terrenos mejorados' se refiere, como lo dice el mismo Juez, a las obras de alcantarillado, acueducto y cascajo y no a la licencia oficial para construir que para nadie es una mejora de un inmueble, es evidente que ha debido darse aplicación a los artículos 1º de la Ley 95 de 1890, 1604 del C. C. que estatuye que el deudor no es responsable del caso fortuito y 1607 del mismo Código que nos dice que el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba es siempre a cargo del acreedor, y 1876 de la misma obra que establece que la pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado la cosa".

Alega error de hecho en el Tribunal al apreciar los literales a) y d), cláusula 6ª de la escritura de compraventa, y dice:

"Es un hecho innegable que el fallo recurrido prescindió totalmente del claro significado de los siguientes apartes de la mencionada cláusula:

"Las mejoras que los compradores exigen para tal fin son: **alcantarillado, servicio de acueducto y cascajo al frente**, o sea las carreras a que dan frente dichos lotes en tal forma que llenaran las condiciones requeridas por el Municipio para conceder la licencia de edificación. Claro es que por eso se habló de la licencia del Municipio; sencillamente se mencionó tal licencia para indicar la forma y grado en que debería hacerse el alcantarillado, el acueducto y el cascajo.

"Tampoco vio el fallador o pasó por alto el siguiente aparte del ordinal c) de dicha cláusula, cuando dice:

'de conformidad con las exigencias del Municipio de Medellín'.

"Es claro que el término **exigencias** implica el que el Municipio diga que da la licencia si se hacen tales obras en tal forma y en el caso de autos precisamente el Municipio no exigió obra alguna sino que al contrario, estando hechas todas las obras dijo en un momento posterior a la celebración del contrato que contiene la escritura número 3424 mencionada que no dejaba edificar. ¿Esto es alguna exigencia? Por el contrario, es no exigir nada, absolutamente nada. Como se ve claramente, se prescindió del significado obvio de esta parte de la cláusula 6ª para entrar por camino ajeno al espíritu y la letra de ésta, a desentrañar un significado que el Magistrado creyó oscuro estando claro y preciso. La equivocación o error de hecho al interpretar la escritura en la forma como lo ha expresado llevó al fallador a violar en forma indirecta el artículo 1546 del Código Civil, al decretar una resolución sin base en incumplimiento de la parte que represento".

Pide así que el fallo se case para absolver a los demandados.

o o o

En la motivación de la sentencia acusada se encuentran estos apartes:

"Los demandados afirman que cumplieron con las obligaciones impuestas en la cláusula 6ª, y que de las veleidades de la correspondiente Oficina del Municipio no se les debe hacer responsables, pues como lo dice el ingeniero doctor Guillermo Uribe en la declaración que obra en autos, a mediados de 1951 no se exigía para la edificación de los barrios obreros otros requisitos distintos del alcantarillado. acueducto y afirma-

do con cascajo en las calles adyacentes.

"Ocurre, pues, preguntar si está probado que el 23 de agosto de 1951 (fecha en que han debido estar terminadas las obras de alcantarillado, acueducto y encascajado de la carrera en lo tocante a la manzana número 1, y en que lo estuvieron, según se desprende de dictamen de los peritos Agudelo y Gil Hernández), el Municipio todavía mantenía su primitiva determinación de permitir construir sobre los cinco lotes de dicha manzana, o si para esa época ya la licencia había sido cancelada por la misma entidad. Pues es cosa sabida que los planos de la Urbanización San Isidro fueron inicialmente aprobados. No existe prueba alguna sobre esto, y todo parece indicar que ya para esa fecha el Municipio había retirado el permiso, pues el caso es que el 10 de diciembre de 1951 el demandado señor doctor Francisco Saldarriaga preguntó a la Oficina del Plano Regulador cuál era la razón para que se le estuviera negando el permiso de edificar en alguna parte de la Urbanización San Isidro. Y se le contestó en oficio de 10 de enero de 1952 que la razón era porque al edificar en la manzana número 1 quedaban bloqueadas dos casas de habitación a que se refiere el dictamen de los peritos señores Gómez J. y Restrepo Uribe.

"Se trata, por consiguiente, de dilucidar si la intención común de los contratantes al extender la cláusula 6ª fue la que los vendedores cumplieran totalmente con sus obligaciones, no sólo verificando las obras materiales referidas, dentro del plazo convenido, sino también haciendo que la fecha en que debían entregarse las obras, se tuviera el permiso o autorización del Municipio para construir en los cinco lotes de la manzana número 1. No se dice en la cláusula 6ª de una manera expresa que los vendedores quedaran obligados a conseguir esa autorización para edificar, dentro de 120 días a partir de la fecha de la escritura, ni dentro de ningún plazo determinado. Y cabe preguntar: ¿fue condición del contrato, que habría de resolverlo en caso de no cumplirse, el hecho de que el Municipio concediera el permiso de edificar? Este es el interrogante que debe estudiarse.

"El Título XIII del Libro IV del Código Civil contiene las reglas que deben tenerse en cuenta para la interpretación de los contratos. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras (a. 1618). En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato (a. 1621). Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellos ambas partes, o una de las mismas con aprobación de la otra (a. 1622).

"¿Cuál fue en el caso de autos la intención común de las partes, o, mejor dicho a qué debe atenerse el fallador, ya sea con base en los términos de la cláusula 6ª o en los principios de la equidad, si los términos pudieran conducir a dos soluciones contrarias? Como los vendedores habían obtenido ya permiso para edificar en esa urbanización, talvez pudieron haber entendido que su obligación quedaba completamente atendida con la construcción de las obras materiales. Mas en los compradores pudo haber existido siquiera un asomo de preocupación al tiempo del contrato porque sospecharan que el Municipio retirara el permiso que inicialmente había concedido. Y probablemente a esto se debe el modo como la cláusula quedó redactada.

"Como por razón de los términos empleados las cláusulas del contrato permiten varias interpretaciones y no es posible adoptar una de ellas deduciendo con certeza la común intención de las partes, el intérprete pudo resolver la dificultad: 1º Ateniéndose a la intención probable de los contratantes. 2º Apoyándose en la noción de la equidad. 3º Haciendo la interpretación a costa de una de las partes, teniendo en cuenta la actuación de ésta en lo tocante a la redacción o dictado de la cláusula o cláusulas respectivas, y con vista en este último evento del artículo 1624 del Código Civil. En el primer caso se trata de reconstruir la intención probable de las partes apoyándose en presunciones, para lo cual han de tenerse en cuenta las reglas de interpretación de que trata el citado Título XIII, del Libro IV del Código Civil, con miras a descubrir la más probable intención común. Pero en caso de que esa común intención no se le revele al intérprete con certeza, éste puede apoyarse en la noción de lo justo, entendiendo por tal la que es principalmente conforme al orden público, al espíritu del derecho, a la moral, a la equidad, a la buena fe, y aún a las costumbres.

"Conforme al artículo 1603 del Código Civil los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por

consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella.

"Está fuera de duda que cuando los compradores procedieron a celebrar el contrato con los demandados lo hicieron con miras a edificar. Por eso estipularon que los lotes de la manzana número 1 debían entregarse por los vendedores en forma que el Municipio permitiera edificar sobre ese terreno. La noción de lo justo impone entonces concluir que si a la fecha en que los vendedores debían entregar la manzana número 1 con las obras materiales realizadas no era posible construir porque el Municipio lo impidiera, quedaba frustrada la aspiración de los compradores. Aunque la negativa de la Oficina del Plano Regulador no se debiera a falta de las obras materiales sino a otra causa cualquiera, v. gr., a la que ha alegado dicha entidad para impedir edificar en cuatro de los lotes de la manzana número 1. Y así las cosas hay que concluir que la interpretación que aparece más justa es la de que la común intención de las partes se orientó hacia la equidad, obligándose los vendedores a hacer mantener el primitivo permiso dado por la entidad municipal al vendedor señor Saldarriaga para edificar en la Urbanización San Isidro. Y como no está demostrado que a la fecha de la entrega de las obras materiales la entidad municipal mantenía su determinación primitivamente favorable al urbanizador, hay que concluir que éste no cumplió, en lo tocante a la manzana número 1 con sus obligaciones.

"Se ha pedido la resolución del contrato en su totalidad. Mas para la Sala en la escritura 3424 de 1951 se recogió una compraventa con varias casas integrantes del objeto, una de las cuales fue la manzana número 1, compuesta de los cinco lotes mencionados. No aparece, ni mucho menos está demostrado, que la compra de los varios lotes de las distintas manzanas haya tenido como finalidad algo que no pudiera lograrse sino precisamente con el conjunto de todos aquellos. Y esto no parece ni siquiera probable, porque los compradores tuvieron en mira levantar en cada uno de los distintos lotes edificaciones. Y tal cosa puede lograrse aunque esas construcciones no puedan llevarse a cabo en una o varias parcelas compradas, porque la totalidad de ellas no constituye, desde el punto de vista de los compradores, una unidad jurídico-económica. Se deja dicho esto para concluir que la resolución que habrá de declararse sólo será en relación con los lotes de la manzana número 1, sin que se afecte para nada el contrato en lo que se refiere a los otros lotes. La tesis que acaba de sentarse en cuanto a la resolución parcial tiene sólido respaldo en el principio jurídico en que se inspiran los artículos 1909, inciso final; 1921, 1986, inciso 3º, interpretando éste a **contrario sensu**, 1990, inciso 2º, todos del Código Civil. Y principalmente en el mismo contrato recogido en la escritura 3424 de 1951, en su cláusula 6ª, literal d)".

Se considera:

Fueron objeto de la compraventa hecha por la referida escritura pública 3424 de 23 de abril de 1951, Notaría 4ª de Medellín, los solares 1, 2, 3, 4 y 5 de la manzana número 1; 1 y 2 de la mañana número 2; 3 y 4 de la manzana número 4; 5 de la manzana número 3; y 2 de la manzana número 3, todos de la Urbanización San Isidro, fracción de la América, del mismo Municipio de Medellín. El precio se estipuló a razón de $ 12 por vara cuadrada, para totalizar $ 27.900, de los cuales se pagaron al contado $ 13.950, y se quedaron a deber con plazo de un año y sin intereses los $ 13.950 restantes. Y dice la cláusula 6ª de este instrumento:

"**Sexto.**—Los vendedores se obligan para con los compradores: a) A entregar a los compradores en el término máximo de 120 días contados desde la fecha los lotes números 1, 2, 3, 4 y 5 de la manzana número 1, debidamente acondicionados y listos para edificar en ellos, casas de habitación. Las mejoras que los compradores exigen para tal fin son: alcantarillado, servicio de acueducto y cascajo al frente, o sea en las carreras a que dan frente dichos lotes en forma tal, que el Municipio apruebe los planos respectivos; b) A verificar cancelaciones parciales de todo lote que los compradores construyan o vendan mediante un abono proporcional a la deuda; c) A entregar todos los lotes vendidos debidamente acondicionados y en la forma en que se explica en la letra a) de esta misma cláusula, en el término máximo de 12 meses, contados desde esta fecha, pues se entiende que el precio convenido de doce pesos por vara cuadrada es por vara de terreno, ya urbanizada y de conformidad con las exigencias del Municipio de Medellín, y por tanto listos para ser edificados; d) Si por causas imprevistas (sic), no fuere posible a los vendedores entregar los terrenos mejorados en el término ya indicado de un año, tal como se ha convenido los compradores podrán devolver parte o to-

dos los lotes que no hayan sido mejorados, y que están sin urbanizar, cotizando el precio de cada vara devuelta (sic) o que se devuelva a los vendedores, al mismo precio de doce pesos ($ 12.00) moneda legal, pero este valor se imputará como abono a la deuda hipotecaria de que se hablará en seguida" (f. 13, c. 2º).

El destino económico manifiesto de los predios urbanizados consiste en que los respectivos solares sean susceptibles de ingresar al área edificada de las ciudades, mediante el lleno de los requerimientos exigidos en la materia. Es una finalidad obvia que se incorpora en la naturaleza misma de la contratación, cuando se trata de compraventas que tienen por objeto, no terrenos para urbanizar, sino terrenos urbanizados; por lo que aparece del mismo modo claro el deber general que pesa sobre los vendedores acerca del cumplimiento pleno de las condiciones exigidas por las autoridades municipales para conceder las respectivas licencias de edificación. De allí también la necesidad jurídica en que los urbanizadores se encuentran, de prever todo lo conducente a que los solares, como objeto propio de su empresa, puedan ser utilizados en construcciones por quienes los compran, precisamente para que la finalidad de la compra no se vea frustrada y la principal obligación del vendedor no resulte incumplida.

En principio, no cabe hablar de fuerza mayor que haga imposible la promesa del vendedor, cuando es negada por la autoridad municipal la respectiva licencia para construir, puesto que si el impedimento se produce, no dependerá por lo común de causas imprevistas. Para que en un caso dado pueda cesar la responsabilidad del vendedor, será preciso que en concreto se pruebe cómo dentro de lo normal, de lo razonable y lo previsible por quienes asumen profesionalmente el papel de urbanizadores, fue inevitable el resultado adverso, negativo de la licencia para edificar, irresistible como acto de autoridad, pero por regla general no imprevisible para quien precisamente se encuentra en la necesidad jurídica de prever. La excepción debe ser comprobada plenamente, puesto que rompe la regla general.

Si sucede, como en el caso de autos, que no sólo ha de considerarse existente para el vendedor de terrenos urbanizados aquella obligación general de prever, sino que en conformidad con la transcrita cláusula sexta es bastante clara la voluntad contractual dirigida al fin concreto de que el comprador pueda edificar con la aprobación de las autoridades municipales, no hay duda acerca de que la inteligencia del sentenciador sobre el significado y alcance de las estipulaciones contenidas en la escritura 3424 de 23 de abril de 1951, y su convicción al respecto, formada con base en inferencias lógicas atinentes a sus poderes discrecionales como juez de la instancia, deben prevalecer en el recurso de casación, por su carácter extraordinario y estricto, y puesto que aquel juicio está muy lejos de contrariar la evidencia procesal o de ir contra los dictados del sentido común o de estar en pugna con las leyes de la naturaleza.

No prospera el cargo.

* * *

La parte actora recurrente, con apoyo en la propia causal 1ª de casación endereza sus argumentos a sostener la indivisibilidad del contrato de compraventa ajustado por medio de la dicha escritura 3424 de 23 de abril de 1951, Notaría 4ª de Medellín. Entiende que hay unidad jurídico-económica del contrato, "pues dentro de éste —dice— se tuvo en miras, desde el punto de vista de los compradores, al adquirir la totalidad de las parcelas, formar de éstas un conjunto indivisible, sin cuya existencia no habría sido posible dentro del terreno puramente económico, la realización de la operación, por parte de los compradores".

Se detiene en la cláusula 6ª de la escritura 3424, arriba transcrita, especialmente en su literal c), que contempla la entrega de todos los terrenos debidamente acondicionados en el término máximo de doce meses a partir de la fecha de la escritura, esto es listos para ser edificados de conformidad con las exigencias del Municipio de Medellín, y después de afirmar que estas condiciones no se cumplieron con ninguno de los solares comprados, y de referirse a las inspecciones oculares practicadas, en primera instancia y ante el Tribunal en cumplimiento de auto para mejor proveer, expone:

"Es decir, que con la prueba que arrojan esas inspecciones oculares y con la peritación que les fue inherente, no ha sido posible establecer cosa distinta al cumplimiento de las condiciones relacionadas en la letra a) que hace parte de la cláusula sexta, en cuanto que las obras de alcantarillado, acueducto y cascajo al frente, fueron atendidas por los vendedores. Es evidente, a la luz de esa prueba que esas obras fueron plena-

mente satisfechas, y en tal virtud, que ello podría aceptarse en gracia de discusión; lo que ocurre es que al tenor de la letra c) de esa misma cláusula, además de estas condiciones, existían y tenían que cumplirse las obligaciones allí previstas en orden a obtener el otorgamiento del permiso indispensable para construir casas de habitación. Empero, ese permiso no ha sido obtenido ni con respecto a los lotes de la manzana número uno ni con relación a las zonas de terreno enclavadas en las demás manzanas que se recogieron dentro del contrato de compraventa conforme al texto de la escritura tantas veces citada que desde el 23 de abril de 1951 se autorizó por ante el Notario 4º del Circuito de Medellín (cert. of. Plano Reg. fls. 66 C. P.).

"El fallador de instancia, al emitir la sentencia recurrida, dictando un fallo conforme al cual declaró la resolución del contrato de compraventa que se viene analizando, únicamente en cuanto a los cinco lotes de la manzana número uno, pero negándole (sic) en cuanto a los demás inmuebles de que allí se trata, violó la ley sustantiva en forma indirecta, y como consecuencia de la apreciación errónea no solamente de la escritura que informó el contrato de compraventa, sino también de la prueba que arrojan las inspecciones oculares que se practicaron en una y en otra instancia y de la que proporciona el certificado de la Oficina del Plano Regulador, de la ciudad de Medellín, según aparece de la exposición que hasta aquí se ha hecho, con lo cual el Tribunal incidió no solamente en errores de derecho sino también de hecho que como se ha podido constatar, aparecen en forma manifiesta de los autos".

Considera así violados los artículos 1546, 1613, 1614 y 1544 del Código Civil por falta de aplicación al caso **sub iudice**, en cuanto estima el recurrente que el sentenciador ha debido declarar resuelta la compraventa en su integridad, en vez de hacerlo únicamente por lo que respecta a los solares de la manzana número uno. Dice que es manifiesto el error de hecho en que incurriera el Tribunal en la apreciación de las referidas pruebas, y agrega:

"En cuanto al error de derecho se refiere es, asimismo, evidente en los autos, ya que el fallador, al decidir parcialmente sobre la resolución del contrato, denegándola en cuanto a la venta de los lotes enclavados en las manzanas número dos, tres y cuatro a que tantas veces me he referido, sacó consecuencias, en el terreno jurídico, que vulneraron la unidad de aquel acto, no solamente en el campo legal, como ya ha quedado demostrado en otra parte, sino también en cuanto al plan que se propusieron los compradores, desde el punto de vista puramente comercial y económico, al realizar la operación, plan que, puede decirse, quedó protocolizado en todas y cada una de las estipulaciones contractuales, cuyo sentido está íntimamente vinculado al destino especial de la operación, y que en casos como éste se encuentra rigurosamente controlado por las autoridades correspondientes del Municipio".

Alega que la operación consistente en comprar terrenos urbanizados se traduce en el desarrollo de empresas para construir edificaciones en pueblos y ciudades, para concluir en el sentido de que el sentenciador, al apreciar la escritura 3424 "con perjuicio de la unidad jurídico-económica del contrato de compraventa, despreciando el aspecto económico-comercial que la operación entraña, cometió un error de derecho que aparece muy claro en los autos".

Por último, el recurrente entiende violados los artículos 1909, inciso final, 1986, inciso 3º, y 1990 del Código Civil, por referirse a otra clase de figuras jurídicas, y, por consiguiente, inaplicables a la materia **sub iudice**. Dice además:

"Finalmente, y como consecuencia necesaria que resulta de la infracción de los preceptos legales que se dejan comentados, el Tribunal de instancia, al decidirse por la resolución del contrato de compraventa que a lo largo de este alegato se ha venido examinando, infringió los mandatos legales contenidos en los artículos 1613, 1614 y 1615 del Código Civil, por falta de aplicación, en cuanto no se proveyó a los perjuicios, ocasionados como consecuencia de no haberse declarado la resolución de la venta, respecto de los lotes de las manzanas números dos, tres y cuatro de la Urbanización San Isidro. Los preceptos que se acaban de citar fueron, igualmente, infringidos como secuela obligada de la apreciación errónea del documento conforme al cual, mis mandantes celebraron una promesa de contrato sobre enajenación de los lotes de la manzana número uno por el señor Juvenal Villa.

"Si los señores Montoya y Restrepo, realizaron esta operación, ello fue sobre la base de que Saldarriaga y Burgos, habrían de cumplir sus compromisos contraídos, a la luz de la escritura de venta. Si mis mandantes no pudieron dar cumplimiento a ese contrato de promesa, ubicándose en el rigor de los principios, ese incumplimiento

no se puede atribuir sino a culpa de Saldarriaga y Burgos; sin que por lo demás pueda argüirse que para la fecha del documento de promesa, ya mis poderdantes, en su condición de prometientes vendedores, sabían que el Municipio había negado el permiso de construcción, porque en todo caso si ello hubo de ocurrir así, fue por la omisión culposa, respecto al cumplimiento de los requisitos que en todo caso dependía de la actividad de los demandados. Ni siquiera en el terreno de las presunciones, se podría atribuir a mis mandantes, como lo pretende hacer el Tribunal, actividad culposa a mis representados, en razón de la negociación que realizaron con el señor Juvenal Villa, al celebrar con éste el contrato de promesa sobre los lotes que no pudieran entregar, porque ello fue la consecuencia obligada de la culpa contractual en que incurrieron los demandados que se abstuvieron de cumplir lo pactado en favor de los actores, en punto a la consecución del permiso del Municipio para edificar. Hay en esto una apreciación errónea de la prueba que establece esos perjuicios, cuya objetivación se representa en el monto de la multa y sus intereses que mis mandantes abonaron al señor Villa, al no cumplirse el contrato de promesa, con lo cual se cometió el clásico error de derecho que por lo demás aparece manifiesto en los autos".

Se considera:

De acuerdo con las certificaciones de la Oficina del Plano Regulador de la ciudad de Medellín, los planos de la Urbanización San Isidro, de propiedad de Francisco Saldarriaga, fueron aprobados según el acta número 28, de 9 de julio de 1951, "por reunir las exigencias del Municipio de Medellín, según las normas vigentes". Con posterioridad, el 10 de diciembre del mismo año de 1951, Francisco Saldarriaga, en escrito dirigido a dicha Oficina del Plan Regulador, manifiesta su extrañeza por la negativa del permiso para edificar en la parte "ya verificada" de aquella Urbanización, y se le contesta con fecha 10 de enero de 1952:

"Se accede al permiso solicitado por el señor Francisco Saldarriaga, a nombre de la Urbanización San Isidro, pero únicamente en el sector de dicha Urbanización que no ofrezca problemas pendientes por falta del consentimiento de los dueños de los predios colindantes —el problema se contrae a dos casas construídas antes de la Urbanización—. Para atender a la solución del caso, se autoriza al señor Jefe de Valorización para convenir con los demás vecinos y con los propietarios de la Urbanización San Isidro la forma como deben zanjarse las dificultades que se han presentado".

En el certificado número 259 de 11 de junio de 1952, la Oficina del Plano Regulador expresa que la solicitud de Germán Montoya presentada el 13 de noviembre de 1951 para hilos en la calle 40, crucero con la carrera 93 "no fue concedida por no estar ejecutada aún la urbanización". Y en informe número 447 del 9 de octubre de 1952 dice la misma Oficina "que el señor Germán Montoya V. solicitó alineamiento para los lotes de terrenos número 1, 2, 3, 4 y 5 de la Urbanización San Isidro, pero que únicamente se le pudo dar alineamiento para edificar en el lote número 4, ya que se consideró que por estar incompletos los lotes números 1, 2, 3 y 5, la Urbanización original presentada a esta Oficina, no ha sido completada como lo exige el Municipio para poder conceder los correspondientes permisos de edificaciones, pues es requisito indispensable que el urbanizador entregue los lotes totales o pida un nuevo permiso para variarlos".

Entendió el sentenciador que el Municipio de Medellín había autorizado la Urbanización de San Isidro, y que sólo con posterioridad, cuando el demandante Montoya Vélez pidió el hilo para edificar en la manzana número uno, se le negó el permiso para construir, excepto para el lote Nº 4. Por eso, y porque al interpretar los fines concretos de los compradores a la luz de las normas generales del derecho y los principios de la buena fe y la equidad, hallara que la negativa del permiso para construir en los terrenos de la manzana número 1 habría de significar frustración de las miras de edificar que movieron la voluntad contractual de los compradores, decretó la resolución del negocio en lo tocante a los mismos solares de la manzana número uno. No en cuanto a los demás terrenos, puesto que no aparece que se encontraran en la misma situación. Incluso para el lote número 4 de la propia manzana 1, el Municipio de Medellín concedió el permiso para construir, y se desprende además de las certificaciones de la Oficina del Plano Regulador su aprobación general, excepto para el caso de problemas pendientes con los dueños de los predios colindantes, que fue lo sucedido con los terrenos de la manzana 1, según se infiere de los informes dados por la dicha dependencia municipal.

Es así como no aparece demostrado, y menos aún por modo evidente, error de hecho alguno en el juicio del sentenciador al abstenerse de declarar la resolución integral del contrato de compraventa a que se refiere la escritura pública 3424, varias veces citada.

Cuanto a la unidad jurídico-económica que se alega existir en la misma contratación, no encuentra apoyo ni en la naturaleza del objeto ni en las estipulaciones de las partes que concurrieron a celebrar la compraventa de varios solares individualizados. Se trata, según la escritura 3424, de obligaciones acumulativas a cargo de la parte vendedora, desligadas muy bien las unas de las otras, por cuanto se convino el precio de $ 12 por vara cuadrada de terreno, con previsión de que en el evento de que no le fuese posible a los vendedores entregar los solares debidamente acondicionados en tiempo oportuno, se restituyera el precio a esa cotización por cada vara de terreno devuelta, o se imputara al saldo de la deuda con hipoteca a favor de los vendedores, según se lee en la cláusula 6ª, con lo cual la divisibilidad de la operación en el campo jurídico-económico queda bien a las claras.

Por lo que respecta a la indemnización de perjuicios y en lo tocante a la promesa incumplida de venta a Juvenal Villa V., dijo el Tribunal:

"En cuanto a perjuicios los demandantes afirman que los sufrieron. Han presentado un documento sobre promesa de contrato que aseguran haber celebrado con el señor Juvenal Villa V., así como la declaración de éste de haber recibido de los prometientes vendedores la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) estipulados como multa, y que aquéllos pagaron por cuanto no pudieron entregar los lotes de la manzana número 1, toda vez que les faltaban las obras materiales a cuya realización se habían obligado los demandados señores Saldarriaga y Lucía Burgos de Saldarriaga. Pero el Tribunal llega a la conclusión de que por este concepto no se ha probado que los demandantes hayan sufrido perjuicios. En primer lugar, porque ya se ha dicho que las obras materiales sí se hicieron oportunamente. Y en segundo lugar porque la promesa de contrato aparece extendida en noviembre de 1951, no sólo cuando tales obras estaban realizadas, sino también cuando el Municipio había cancelado el permiso para edificar. De tal modo que aunque los señores Montoya Vélez y Restrepo R. alegaran que se perjudicaron porque el prometiente comprador les cobró legalmente la multa, porque entendió que podría edificar en la manzana, lo que no logró por la razón antedicha, tal argumento carecería de fuerza. Si los señores Montoya V. y Restrepo R. prometieron vender la manzana número 1 en la fecha indicada, ya sabían para entonces que el permiso para edificar había sido retirado. Y si a pesar de eso se obligaron para con el prometiente comprador a conseguir dicho permiso (cláusula ésta que desde luego no aparece en el documento sobre promesa), de esto no podrían responder los demandados Saldarriaga y Burgos de Saldarriaga. Sostener lo contrario sería tanto como afirmar que los actores podrían sacar partido de su propia actividad culposa".

Estos motivos del sentenciador permanecen en pie, porque para desvirtuarlos no bastan las alegaciones del recurrente en el sentido de buscar otra postura para deducir el perjuicio, lo que sería de recibo en la instancia, pero no en casación y sobre puntos en que se hace indispensable demostrar concretamente el error de juzgamiento del Tribunal cuando concluyó de esa manera con fundamento en dos razones, cada una suficiente para sustentar su aserto. La alegación contraria, sin destruir esos dos apoyos, carece de eficacia en el recurso.

En lo que atañe a los artículos 1909, inciso final, 1986, inciso 3º y 1990 del Código Civil, que también se dicen infringidos, es de observar que el Tribunal no confundió fenómenos o figuras jurídicas para regirlas indistintamente por iguales normas, sino sólo que al interpretar la compraventa cuestionada y la posibilidad de su resolución en parte, abstrajo los principios de equidad en que se inspiran aquellas disposiciones, para escrutar los fines de la contratación y administrar justicia. Lo cual, lejos de herir las reglas sobre hermenéutica, está en conformidad con lo estatuído por la Ley 153 de 1887 en sus artículos 5º y 8º, que invocan la equidad natural, los principios generales del derecho y el criterio de analogía para aclarar o armonizar las disposiciones del legislador o para cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, en que se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes. Así es como las normas jurídicas, incapaces de contemplar todas y cada una de las situaciones concretas que suelen ser cambiantes en la vida de los pueblos, más complejas a medida que el progreso avanza, llegan sin embargo a conseguir la flexibilidad necesaria

para adaptarse a los hechos nuevos y regirlos por modo equitativo, como cristalización de la buena fe que debe presidir la convivencia humana.

No prospera la acusación.

* * *

El primer cargo aducido por la parte demandada recurrente se apoya también en la causal 1ª, y consiste en violación de los artículos 1546 y 1617 del Código Civil. El pago de perjuicios implica que se pruebe su existencia real y no hipotética, sostiene la demanda, y con referencia al artículo 1617 agrega:

"La letra clara de este artículo indica que solamente tiene aplicación cuando el deudor está en mora de pagar una cantidad de dinero, cosa que no se presenta en el caso de autos, pues mis poderdantes pactaron una compraventa y no celebraron contrato alguno de mutuo o cosa semejante, no se obligaron a pagar suma alguna. Es sólo el fallo el que establece la obligación de pagar una suma de dinero, pero no como perjuicio sino como precio de la compraventa. Es una prestación mutua para el caso de resolución de un contrato.

"La sentencia recurrida en su parte resolutiva nos dice:

'Consecuencialmente las cosas vuelven a su estado anterior, y se ordena cancelar el registro respectivo y tomar nota de este fallo al margen de la escritura matriz. Los demandantes harán entrega material del predio a los vendedores, y éstos devolverán a los compradores cuanto hayan recibido como precio de la manzana indicada, con los respectivos intereses legales desde que se hicieron exigibles. Además, deben los opositores indemnizar a los accionistas por razón de los gastos que hubieron de realizar con miras a conseguir que el Municipio de Medellín les permitiera edificar en dicha manzana, y reconocerles también cuanto dicho predio se haya valorizado hasta la notificación de la demanda. Se regulará la indemnización por los trámites del artículo 553 del Código Judicial".

"Como se ve, los demandados son obligados según este fallo a pagar intereses, a pagar gastos por gestiones hechas para conseguir la licencia de edificación y, lo que es más aberrante, a pagar una hipotética valorización hasta el día de la notificación de la demanda. Estudiando atentamente el cuaderno de pruebas de la primera instancia se observa que ninguna de las pruebas solicitadas se refiere a los perjuicios que alega la parte demandante, sino que se concretaron a demostrar el posible incumplimiento del contrato en lo referente a las mejoras y también a la negativa del Municipio de Medellín para conceder la licencia para edificar".

Comenta esas pruebas y sostiene que no hay ninguna en el expediente sobre la realidad de los perjuicios que se alegan, y continúa:

"En cuanto a los gastos de las gestiones hechas por Germán Montoya y Restrepo R., gestiones que sí aparecen demostradas en el expediente y que se encaminan a obtener el permiso para edificar, no hay demostración alguna en los autos, primero de que tales gastos fueron hechos por dichos señores, ni su cuantía, cosas ambas que tenían que demostrarse o al menos, que dichos gastos fueron hechos a sus expensas. Pero hay algo más en relación con tal gestión. De acuerdo con lo alegado estas gestiones debería hacerlas la parte que represento, de modo que no tenían los señores Montoya Vélez y Restrepo R. por qué hacer tales gastos si los hubo, ni hacer tales gestiones".

Insiste en que tales erogaciones no son consecuencia obligada del incumplimiento del contrato, estima que muy bien han podido ser hechas con dinero de propiedad de sus representados, y en cuanto a la valorización que haya podido experimentar la manzana número 1, sostiene que ninguna de las partes la ha alegado y que en el expediente no hay prueba que la acredite. Más bien, estima, que pudiera haber desvalorización a consecuencia de la falta de licencia para construir en esos terrenos.

Se considera:

Es obvio que cuando el incumplimiento sirve de base para que la justicia desate el vínculo contractual, la parte incumplida no está en posición que le permita derivar ninguna ventaja de su propio hecho contrario a las regulaciones jurídicas. A la inversa, se encuentra en el deber de resarcir los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato o, si hubiere dolo, los que sean consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación. (Artículos 1546 y 1616 del Código Civil).

Habría ventaja para el vendedor incumplido si al ser resuelto el contrato se limitara su deber a la restitución lisa y llana del precio, desde luego

que el uso del dinero quedaría en su provecho, cuando ya la causa jurídica de la recepción se encuentra extinguida con efecto de volver las cosas al estado precontractual.

Desaparecida la causa, se produciría enriquecimiento injusto para el vendedor si pudiera privar al comprador, sin resarcirlo, de la utilización del precio pagado. El uso del dinero se mide en lo económico por la tasa del interés, de manera que el tanto por ciento es debido desde cuando el precio pasó de unas manos a las otras por virtud de un contrato cuya existencia se destruye, y que al extinguirse origina en derecho la obligación de pagar una suma de dinero. No es necesario justificar perjuicio cuando el acreedor sólo cobra intereses, los cuales se deben cuando menos a la tasa legal del seis por ciento anual. (Artículo 1617 del Código Civil). Se atiende así al lucro cesante sufrido por el comprador como perjuicio subsecuente del contrato resuelto.

Admite el recurrente que los compradores hicieron gestiones y gastos en vía de obtener del Municipio de Medellín la licencia, negada, para construir en los solares de la manzana número 1. Esto por sí solo bastaría para sustentar lo resuelto por el sentenciador en el sentido de incluir tales erogaciones como factor de cuenta para la liquidación definitiva según el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial. Si esas diligencias estaban a cargo de los vendedores, con mayor razón su costo ha de ingresar al cómputo de los perjuicios, y no es suficiente conjeturar que acaso se pagara su importe con dinero de los vendedores para que surja la prueba de que en realidad así sucediera en los hechos.

Estaría de acuerdo con lo equitativo y justo que el daño del comprador se indemnizara por concepto de la valorización experimentada por el objeto, deducidos los intereses para no duplicar el resarcimiento. Pero es preciso entonces probar la existencia de ese mayor valor, aunque el monto no se concrete de una vez, puesto que su cuantía puede ser materia de ulterior determinación. Y en el caso de autos no hay elementos de juicio que permitan reconocer aquella valorización para los terrenos de la manzana número 1. Antes bien, puede inferirse su inexistencia por la negativa del permiso municipal para edificar.

Es fundado el cargo por este aspecto, y procede la casación del fallo con el único fin de excluir del cómputo del perjuicio lo atinente a la no demostrada valorización de los dichos solares.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha 5 de octubre de 1954 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, revoca la de primera instancia, y en su lugar,

RESUELVE:

1º—Se declara resuelto el contrato perfeccionado por la escritura pública número 3424 de 23 de abril de 1951 de la Notaría Cuarta de Medellín, pero únicamente en lo tocante al inmueble de que habla el literal a) de la cláusula primera, por la cual los demandados Francisco Saldarriaga y Lucía Burgos de Saldarriaga vendieron a Germán Montoya Vélez y Luis Restrepo R. los solares 1, 2, 3, 4 y 5 de la manzana número uno de la Urbanización San Isidro, fracción América, del Municipio de Medellín.

2º—Consecuencialmente las cosas vuelven a su estado anterior, y se ordena tomar nota de este fallo tanto en el respectivo registro como al margen de la escritura matriz. Los demandantes harán entrega material del predio a los vendedores, y éstos devolverán a los compradores cuanto hayan recibido como precio de la manzana indicada, con los respectivos intereses legales desde que se hicieron exigibles, o sea desde cuando el precio en todo o en parte se recibiera por los vendedores con imputación a tales solares. Además, deben los demandados indemnizar a los demandantes por razón de los gastos que hubieron de realizar con miras a conseguir que el Municipio de Medellín les permitiera edificar en dicha manzana. Se regulará la indemnización por los trámites del artículo 553 del Código Judicial.

3º—No se hacen las demás declaraciones impetradas.

4º—Los demandados pagarán la mitad de las costas de la primera instancia. Sin costas en la segunda instancia.

5º—Costas en casación a cargo de la parte demandante recurrente, pero sólo en cuanto a la oposición contra su recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Manuel Barrera Parra—José Hernández Arbeláez—José J. Gómez R. — Julio Pardo Dávila—Ernesto Melendro Lugo, Srio.

DETERMINACION DE LAS COSAS OBJETO DE LA ACCION DE DOMINIO.—PUEDE SER CONSIDERADO COMO CUERPO CIERTO O COSA SINGULAR UN CONJUNTO DE UNIDADES DE CIERTO GENERO, SI ESTA BIEN SINGULARIZADO O DETERMINADO COMO CONJUNTO, COMO TAL "HATO" DE GANADO VACUNO, TAL "REBAÑO"

En tratándose de la cosa materia de acción de dominio o reivindicación, hay dos aspectos que deben contemplarse, dos circunstancias cuya verificación se impone: si se trata, en principio, de una cosa singular, de una especie o cuerpo cierto, ya se reclame en su totalidad o una cuota (artículos 946 o 949 del Código Civil); aspecto o circunstancia de carácter sustantivo o de fondo; y si se hizo la determinación precisa de esa cosa en la demanda, en términos tan exactos que permitan la identificación de ella e impidan confundirla con otra, particularmente tratándose de muebles como en el caso actual (artículo 217 del Código Judicial).

En el litigio las partes han agotado sus esfuerzos, con razonamientos de lujo, para sostener tesis divergentes sobre las características distintivas de GENERO y ESPECIE, CUERPO CIERTO O COSA SINGULAR. Si un conjunto de unidades de cierto género, pero bien determinado o singularizado COMO CONJUNTO, como tal "HATO" de ganado vacuno, tal "REBAÑO", tal "colmena" y hasta "una galaxia", puede ser considerado como cuerpo cierto o cosa singular, susceptible de acción de dominio o reivindicación por su totalidad o por una cuota determinada.

La Corte se pronuncia por la afirmativa, siempre que el CONJUNTO, como tal, esté bien singularizado, aunque no se determine, individualmente, cada una de las unidades componentes, cosa ésta imposible e inútil en algunos casos, como el de la colmena, en que no se puede distinguir una abeja de otra, salvo, para los entendidos y prácticos, la abeja REINA, las OBRERAS y los ZANGANOS; e inútil, porque no es objeto de comercio cada ABEJA por separado de las otras; como sí puede serlo la colmena misma, o una cuoto proindiviso en ella, como la mitad, la quinta parte, etc.

Tratándose de un HATO o REBAÑO, ocurre algo parecido, con la diferencia de que como en él sí pueden ser objeto de operaciones comerciales las distintas reses o cabezas, individualmente consideradas, y cuyo valor es diferente según la clase, raza, edad, sexo, tamaño, estado de salud, etc., para apreciar el conjunto como cuerpo cierto o cosa singular, sí es indispensable, a fin de poder identificarlo debidamente, conocer su localización, número de unidades o las características generales a que se ha aludido, pero no hasta pretender la descripción pormenorizada de todas o cada una de las reses, cosa irrealizable en hatos de 1.000 o más cabezas de ganado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre treinta de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis F. Latorre U.)

Considera y decide hoy la Corte el recurso doble de casación interpuesto por las partes contra la sentencia de 24 de agosto de 1954 pronunciada por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario de Tomás Botero Peláez contra la sucesión de Epifanio Peláez R., sobre propiedad de unos semovientes, o, en otros términos, sobre dominio de una quinta parte proindiviso de un hato de ganado vacuno.

Antecedentes

Ante el Juez en lo civil del circuito de Salamina, Botero Peláez demandó el 21 de enero de 1946 a la mencionada sucesión de Peláez R., representada por la señora Ana Feliz Ospina viuda

de Peláez y por los sucesores de aquél, para que se declarara:

"a) Que el actor es dueño de la 5ª parte de los ganados de la hacienda La Florida, determinados en el numeral décimo-primero de la parte motiva de la demanda; b) que es dueño de la totalidad del producido o de las utilidades que haya producido el veinte por ciento de los semovientes aludidos; c) que el actor, en su calidad de comunero, no está obligado a permanecer en indivisión, y que debe procederse a la división de los ganados; d) que en caso de oposición los demandados deben pagar las costas del juicio; e) que como consecuencia de la declaración de dominio solicitada, se ponga en posesión al actor de la quinta parte de cada una de las reses que han sido determinadas".

Posteriormente, por haber prosperado una excepción dilatoria, el actor reformó la demanda en el sentido de suprimir la petición señalada con la letra c), referente a la división de la pretendida comunidad.

El Tribunal resume fielmente los hechos en que se apoya la demanda, así:

"1º — Que en vida del señor Epifanio Peláez, éste celebró con el actor un contrato de administración de la hacienda 'La Florida', paraje de 'Herveo', municipio de Marulanda, estipulándose que la remuneración del administrador sería de un veinte por ciento de los producidos de los ganados, ganado al cual se le fijó en el mismo contrato un precio de $ 27.000.00; 2º Que ese precio de $ 27.000.00 sería la base de donde habría de partirse para computar las utilidades de la hacienda; 3º Que el actor pagó, en el curso de la vigencia del contrato, los $ 27.000.00 en que se avaluó el ganado, y además una excedencia, por lo cual adquirió en propiedad la quinta parte de éste, y un crédito contra el señor Epifanio Peláez por el veinte por ciento de dicha excedencia; 4º Que muerto el contratante Peláez e iniciado su juicio de sucesión, los herederos reconocieron expresamente la propiedad del actor en la quinta parte de los ganados de 'La Florida', como se ve en la solicitud de secuestro formulada dentro del juicio de sucesión, y de la diligencia de inventarios y avalúos y del trabajo de partición verificados en el mismo juicio; 5º Que no obstante lo anterior, la sucesión demandada tomó posesión de la cuota del actor habiéndose procedido a la venta de ganados sin previa consulta con éste; 6º Que las cabezas de ganado que existían en la hacienda en la fecha en que se verificó el secuestro practicado dentro del juicio de sucesión, era la siguiente: 54 vacas horras; 52 vacas horras; 7 vacas paridas; 9 vacas paridas; 26 novillos; un toro denominado 'Haney'; un toro denominado 'Fígaro'; una vaca parida enferma; 75 terneros; 21 vacas horras; 6 vacas paridas; 33 novillos; 48 terneros destetos; 10 bueyes; 47 novillos del medio; 6 vacas paridas; un toro nombrado 'Tosco'; 4 bueyes; dos vacas paridas; 38 vacas paridas; una vaca horra; 27 novillos; 19 hembras; 4 toretes; Suma: 506 reses; 7º Que el secuestre designado, señor Hernando Botero Peláez, tomó la administración de estos ganados sin entenderse con el comunero Tomás Botero Peláez y que aún después de terminado dicho secuestro, el mismo Hernando, que es apoderado general de Ana Feliz Ospina v. de P. y de Carmen Julia Peláez, interesada en la sucesión como cónyuge sobreviviente la primera, y como mayor heredera la segunda, continuó poseyendo la totalidad de los ganados, sin consideración alguna con el actor; 8º Que de acuerdo con lo anterior, el actor Tomás Botero Peláez ha perdido la posesión de su cuota en los ganados; 9º Que han sido infructuosos los esfuerzos del actor para que voluntariamente se le restituya la posesión de su cuota en los ganados; 10º Que en estas circunstancias, y en vista de los perjuicios que sufría, el actor solicitó el secuestro preventivo de los ganados de la hacienda, el cual se verificó el 11 de diciembre de 1945 por conducto del Juzgado Municipal de Marulanda, habiéndose prevenido en tal ocasión al administrador de la hacienda, señor Hernando Botero Peláez, para que se siguiera entendiendo con el secuestre nombrado S. Jaime Mejía Henao respecto a todo acto de administración y disposición; 11º Que 'como consecuencia natural de los actos de disposición que había verificado el señor Hernando Botero en nombre de la sucesión, de las muertes y de los nacimientos, las existencias de ganado se habían renovado y así fue como se hallaron en la diligencia de secuestro las siguientes cabezas de ganado: en la manga 'El Jordán', siete vacas paridas; cuarenta vacas de vientre y novillonas, y tres vacas paridas. En la manga 'El Placer', ocho vacas horras; nueve vacas paridas y una ternera desteta. En la manga 'Potosí', setenta y nueve novillonas del medio y terneras; dos vacas paridas. En la manga de la meseta (sic) doce vacas horras; un buey y un ternero. En la manga de 'El Aguantadero', un toro; un torete y un toruno. En la manga de 'El Pino', treinta novillonas grandes En la man-

ga de 'El Roble', cuarenta novillos y un buey. En la manga de 'La Muleta', cincuenta y seis terneros. En la manga de 'El Diamante', treinta y tres novillos grandes y tres terneros. En la manga de 'La Pradera', siete vacas paridas; una vaca horra; cinco terneros regulares en tamaño y dos bueyes. En la manga de 'La Florida', cuarenta y tres vacas paridas; cuarenta y ocho vacas horras y novillonas; un toro; dos terneros y seis bueyes. Total: quinientas ochenta y siete cabezas de ganado (587) todas de buena clase. De este total fueron reclamadas por el señor Hernando Botero P. como de su propiedad, y se le dejaron a él en calidad de secuestre las siguientes reses: cuatro terneros del medio; dos vacas horras; un ternero; un toruno; doce novillos; siete terneros; cuatro novillas grandes y un ternero. 12º Que en la quinta parte de todos los ganados enumerados tiene el actor derecho absoluto de dominio, habiendo perdido la posesión por usurpación ejecutada por la sucesión demandada".

Agotada la tramitación de la primera instancia, el Juez le puso fin el 18 de octubre de 1952 con fallo absolutorio sin salvedad, confirmado por el Tribunal "pero con la aclaración de que la absolución procede es por aparecer acreditada la excepción de ineptitud tanto sustantiva como adjetiva de la demanda".

La ineptitud se hace consistir en que tratándose de una acción de dominio, el Tribunal considera que el litigio no ha versado sobre una cosa singular, ni una cuota proindiviso en cosa singular, ni el demandante la determinó debidamente en la demanda, como era lo indicado.

El recurso

El apoderado del demandante formula tres cargos enderezados a refutar, por un aspecto u otro, la tesis del Tribunal referente a la indeterminación de la cosa, por errónea interpretación de la demanda y de las pruebas, equivocados conceptos jurídicos sobre acciones reales y personales, desacertada inteligencia de disposiciones sustantivas sobre tal materia, para llegar a la conclusión de que debe infirmarse la sentencia y pronunciar un fallo condenatorio.

El representante de la parte demandada acusa la decisión recurrida con base en la causal segunda porque, en su concepto, el Tribunal ha debido entrar al estudio a fondo del asunto, porque si, en la opinión de él, la controversia no ha versado sobre cuerpo cierto, o cuota determinada en él, la acción está desprovista de un elemento vital que la enerva en absoluto.

Y, como según el artículo 537 del Código Judicial, las causales aducidas deben examinarse en orden lógico, éste impone la consideración preferente de la que alega el representante de la parte demandada.

Cargo de incongruencia

El recurrente lo plantea así:

"Dice el Tribunal después de que ha demostrado que la acción incoada viene a ser la petitoria de dominio sobre géneros: 'El ser por esa razón inepta la demanda tanto desde el punto de vista adjetivo (por no reunir los requisitos legales), como desde el punto de vista sustantivo (porque una acción que versa sobre el derecho de dominio exige esencialmente un objeto mediato que consista en cosa singular), no da campo a que en la sentencia se declare nada distinto a la ineptitud misma. Por ello, y porque la demanda es inepta se cierra el camino que lleva a la cuestión de fondo, si la sentencia recurrida habrá de confirmarse no es por las razones de fondo expuestas en ella, sino por las de forma que se han dejado consignadas'.

"Observo: si la acción ejercitada no es viable por razón de que la ley civil no reconoce el derecho de reivindicar cosas indeterminadas, de cierto género, lo que significa carencia de acción, lo procedente era declarar la absolución del demandado, en vez de decretar la excepción de petición de un modo indebido. Pues donde no hay derecho tampoco acción. La falta del derecho ejercitado no es excepción. Esa Sala en sentencia de fecha 30 de julio de 1945, publicada en la GACETA JUDICIAL, tomo XLVI, pág. 612, enseña:

'La excepción, en el derecho ritual, constituye una noción inconfundible con la defensa del demandado. La excepción es un medio de defensa, mas no engloba toda la defensa, la cual, en su sentido estricto, estriba en la negación del derecho alegado por el demandante. Y la excepción comprende cualquier defensa de fondo que no consista en la simple negación del hecho afirmado por el actor, sino en contraponerle otro hecho impeditivo o extintivo que excluya los efectos jurídicos del primero, y por lo mismo, la acción. La excepción es pues, siempre autónoma de la acción. Con ese alcance la define el ar-

tículo 329 del C. J. que define la excepción perentoria. Esta, cualquiera que sea su naturaleza, representa un verdadero contraderecho del demandado, preexistente al proceso y susceptible de ser reclamado generalmente a su vez como acción' ".

... ...

Aduce también el recurrente en defensa de su punto de vista la doctrina de la Corte contenida en el número 4194, Tomo V de la obra del doctor Orozco Ochoa, que dice:

"Esa Sala en una ocasión semejante dijo:

"Es casable por la segunda de las causales de casación, o sea, por no haber decidido sobre las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, la sentencia del Tribunal que sin fallar en el fondo las acciones deducidas en la demanda, absuelve al demandado de todos los cargos de la demanda, declarando probada la excepción de petición de un modo indebido, consistente en no haberse especificado los linderos de la cosa que se reivindica". (Jurisprudencia de la Corte suprema de Justicia por el doctor Orozco Ochoa, Tomo V, número 4194). (Tomo XXXVI, pág. 118 de la GACETA JUDICIAL. Casación de 25 de julio de 1917).

La Corte considera:

En tratándose de la cosa materia de acción de dominio o reivindicación, hay dos aspectos que deben contemplarse, dos circunstancias cuya verificación se impone: si se trata, en principio, de una cosa singular, de una especie o cuerpo cierto, ya se reclame en su totalidad o una cuota (artículo 946 o 949 del Código Civil); aspecto o circunstancia de carácter sustantivo o de fondo; y si se hizo la determinación precisa de esa cosa en la demanda, en términos tan exactos que permitan la identificación de ella e impidan confundirla con otra, particularmente tratándose de muebles como en el caso actual (artículo 217 del Código Judicial).

En concepto del Juez de circuito y del Tribunal, concurren los dos defectos de este juicio: que, en el fondo, el litigio no versa sobre especie o cuerpo cierto, sino sobre cuota en un género; y que en la demanda no se determinó con precisión y claridad la cosa. Es lo que el fallo recurrido llama ineptitud sustantiva e ineptitud adjetiva.

Suponiendo o juzgando la cuestión con el criterio más amplio o elástico, si no mediara sino únicamente la ineptitud adjetiva, de falta de determinación de la cosa en la demanda, podría llegarse a absolver por simple "petición de modo indebido", dejando abierta la puerta para un nuevo juicio, sobre una demanda hecha de modo debido. (Esto contrariando la doctrina invocada).

Pero sosteniendo el Tribunal que interviene la ineptitud sustantiva, porque el juicio versa, no sobre una especie o cuerpo cierto, sino sobre cuota parte en un género, ha debido fallar a fondo sin salvedades.

Su abstención en tal sentido sí implica una incongruencia que justifica la infirmación del fallo por la causal segunda.

La Corte, al fallar como Tribunal de instancia, a lo cual procede en seguida, considerará la cuestión a fondo y examinará los aspectos y razones que contiene la demanda de casación formulada por la parte demandante, para ver si procede la condena o la absolución.

Decisión de instancia

Ya se dijo, en la reseña de antecedentes de este asunto, que el demandante pide la declaración de que es dueño de la quinta parte de los ganados de la hacienda "La Florida" relacionados en el hecho décimo-primero de la demanda y de los producidos de esa quinta parte. Apoya su acción en el contrato de administración celebrado con el señor Epifanio Peláez R. y contenido en el documento de 1º de enero de 1938, que reza:

"Entre los suscritos a saber: Epifanio Peláez R. y Tomás Botero P., ambos mayores de edad y vecinos de Aranzazu (C.) se ha celebrado un contrato que se regirá por las siguientes cláusulas: Primera.—Epifanio Peláez, como dueño de la finca territorial 'La Florida', situada en el Municipio de Marulanda, de este Departamento, en el paraje de Herveo, y como dueño del surtido de ganado que actualmente existe en dicha finca, da a Tomás Botero, dicha finca con sus ganados para que como administrador y encargado de ella la maneje y conserve en el buen estado en que actualmente se encuentra. — Segunda. El ganado que actualmente pasta en la finca mencionada, asciende a la cantidad de quinientas veinte reses que han sido avaluadas de común acuerdo en la cantidad de veintisiete mil pesos que es la base sobre la cual se computarán las utilidades para efectos de la liquidación en los términos de que se hablará más adelante. —

Tercera. Son obligaciones especiales de Tomás Botero, como administrador de la finca y de los ganados, las siguientes: a) Pagar por su cuenta y cumplidamente la contribución predial que por la finca corresponde pagar al dueño de ella en el Municipio de Marulanda; b) Mantener en buen estado las cercas y linderos de la finca haciendo por su cuenta los gastos que demanda el sostenimiento; c) Hacer por su cuenta las empradizas o limpias de la finca, procurando conservarla en muy buen estado; d) Hacer en la finca y en las casas de ella las mejoras necesarias y útiles por su cuenta y procurando conservarlas en muy buen estado; e) Hacer de su cuenta y procurando conservarlas en muy buen estado; los gastos que demande la buena administración de los ganados y especialmente en de la sal (sic) que debe suministrársele regularmente.—**Tercera** (sic). El Administrador Tomás Botero no podrá hacer en la finca cosechas sino en los potreros de pasto común que hayan de ser arados y desyerbados para renovar los pastos por pastos nuevos pero no le estará permitido tumbar las rastrojeras ni los montes de la finca para hacer cosechas ni para ningún otro efecto. — **Cuarta.** El Administrador no podrá tener en la finca más bestias caballares o mulares que las que sean necesarias para el servicio de ella ni podrá tener más de dos cerdas o marranas de cría y conservar sus crías hasta la deslechonada. — **Quinta.** Las mejoras de toda clase que se hagan en la finca y en sus anexidades y que según lo expresado antes, serán por cuenta del Administrador quedarán de propiedad del dueño de la finca al terminarse este contrato sin que por ello tenga que reconocer éste indemnización o valor alguno.— **Sexta.** Como remuneración por concepto de su trabajo de administración, Tomás Botero tendrá derecho al veinte por ciento de las utilidades líquidas que resulten durante su administración, es decir, que le corresponderá el veinte por ciento de las utilidades, previa deducción de los gastos generales que ocurran y que por no estar él obligado a hacerlos por su cuenta en virtud de este documento, hayan de hacerse en común. — **Séptima.** Todo valor que el Administrador retire de las utilidades durante la duración de este contrato, se imputará al veinte por ciento de lo que le corresponda como utilidades según las cláusulas anteriores. — **Octava.** Este contrato no tiene plazo definido de duración y cada una de las partes podrá ponerle fin avisando a la otra que lo da por terminado. En caso de terminación por voluntad de cualquiera de las partes no habrá lugar a indemnización de ninguna clase y se procederá a la liquidación para deducir lo que al Administrador haya de corresponderle. La liquidación del negocio se hará igualmente en cualquier caso en que éste haya de terminar y especialmente en caso de muerte de una cualquiera de las partes. — **Novena.** Las ventas de ganado de cualquier clase, procedente de la finca se harán de acuerdo con los contratantes. — **Décima.** En caso de liquidación total o parcial del negocio, habrá de tenerse en cuenta el avalúo del ganado (sic) que costa (sic) en este documento para efecto de computar las utilidades y se entiende que no son utilidades ni el mayor valor que adquiera la finca por concepto de mejoras ni su valorización natural que no obedezca a mejoras sino a otros factores. Para constancia se firma en Aranzazu (C.) ante dos testigos y en un ejemplar el día primero de enero de mil novecientos treinta y ocho".

Se ha transcrito el texto íntegro del documento contentivo del contrato que aduce el demandante como respaldo de su acción, porque su lectura define y esclarece con toda nitidez las relaciones y situación jurídicas en que la negociación en referencia colocó a las partes. Estas, en el litigio, han agotado sus esfuerzos, con razonamientos de lujo, en el recurso, para sostener tesis divergentes sobre las características distintivas de **género** y **especie, cuerpo cierto o cosa singular.** Si un conjunto de unidades de cierto género, pero bien determinado o singularizado **como conjunto,** como tal **"hato"** de ganado vacuno, **tal** "rebaño", tal "colmena" y hasta "una galaxia" como dice el apoderado de Botero Peláez, puede ser considerado como cuerpo cierto o cosa singular, susceptible de acción de dominio o reivindicación por su totalidad o por una cuota determinada.

La Corte se pronuncia por la afirmativa, siempre que el **conjunto, como tal, esté bien singularizado,** aunque no se determine, individualmente, cada una de las unidades componentes, cosa ésta imposible e inútil en algunos casos, como el de la colmena, en que no se puede distinguir una abeja de otra, salvo, para los entendidos y prácticos, la abeja **reina,** las **obreras** y los **zánganos;** e inútil, porque no es objeto de comercio cada **abeja,** por separado de las otras; como sí puede serlo la colmena misma, o una cuota proindiviso en ella, como la mitad, la quinta parte, etc.

Tratándose de un hato o rebaño, ocurre algo parecido, con la diferencia de que como en él sí pueden ser objeto de operaciones comerciales las distintas reses o cabezas, individualmente consideradas, y cuyo valor es diferente según la clase, raza, edad, sexo, tamaño, estado de salud, etc.; para apreciar el conjunto como cuerpo cierto o cosa singular, sí es indispensable, a fin de poder identificarlo debidamente, conocer su localización, número de unidades y las características generales a que se ha aludido, pero no hasta pretender la descripción pormenorizada de todas y cada una de las reses, cosa irrealizable en hatos de 1.000, 5.000, 10.000 o más cabezas, como los que hay en nuestros llanos orientales.

Pero suponiendo que en el caso del presente litigio concurrieran todas las circunstancias propicias para considerar como cuerpo cierto el grupo de 520 reses de que habla el contrato de 1º de enero de 1938, o de 506 comprendidas en el primer secuestro en la sucesión de Peláez, o de 587 incluídas en el secuestro verificado el 11 de diciembre de 1945, lo cierto es que el demandante Botero no adquirió por razón de aquel contrato la propiedad o dominio de la quinta parte de ese hato o grupo de 587 reses de que trata el hecho undécimo de la demanda.

En efecto, según el texto del documento en que se hizo constar el negocio Peláez-Botero, el primero encargó al segundo de la administración de la hacienda "La Florida", con sus ganados (520 reses), con cargo para el administrador de hacer las erogaciones previstas en los apartes a), b), c), d) y e) de la cláusula tercera, con derecho, como remuneración al veinte por ciento "de las utilidades líquidas que resulten durante su administración" (cláusula 6ª), "previa deducción de los gastos generales que ocurran" e imputando al veinte por ciento aludido "todo valor que el administrador retire" durante el contrato. El grupo del ganado, existente a la fecha del negocio se estimó en $ 27.000.00 "para efectos de la liquidación" de utilidades. (Cláusula segunda).

Esta estimación del ganado en dinero, en pesos, la previsión de erogaciones a cargo del administrador, el descuento de retiro de valores, la posterior liquidación de utilidades de uno y otro, son circunstancias que establecen la índole de las relaciones jurídicas entre las partes y, en particular, la clase del derecho del administrador: no la de dueño del ganado o de la quinta parte de él, sino la de acreedor del veinte por ciento de las utilidades del negocio, para cuya fijación concreta había que reducir al común denominador en dinero todo el movimiento del negocio, porque antes de liquidar éste no se podía saber quién debía a quién y cuánto, y para esto, habiendo desacuerdo, el único camino era el de rendición de cuentas, mediante el procedimiento señalado en los artículos 1120 a 1132 del Código Judicial, a iniciativa de quien dio la administración (artículo 1120) o del administrador (artículo 1127).

Tan evidente es esto, que fallecido el dueño de la hacienda "La Florida", señor Peláez, sus sucesores, abocados ya a la situación conflictiva con el señor Botero, le iniciaron el 14 de abril de 1944 (folio 14 v. cuad. 10) juicio de cuentas que les prosperó, para definir dicha situación; el 30 de julio de 1945 fue pronunciada la providencia (no apelada) que ordenó a Botero rendir tales cuentas; el 27 de agosto siguiente (fs. 15 a 35 v. cuad. 10) Botero cumplió tal orden, rindió las cuentas, el juicio siguió su curso, vinieron los fallos de instancia y el de la Corte Suprema (6 de marzo de 1953, f. 35 v. cuad. 2º) que dedujo, en contra de Botero, un saldo de $ 31.985.20 (f. 48, cuad. 10).

La Corte no considera necesario examinar el aspecto de la cosa juzgada, que pueda implicar el fallo de la Corte en el referido juicio de cuentas, pero las piezas que de éste se llevaron al Tribunal (fs. 13 a 50 del cuad. número 10), sí patentizan, en forma concluyente, que el demandante en el juicio ordinario que actualmente se examina, se ha colocado en una posición insostenible al iniciar el 21 de enero de 1946, una demanda sobre dominio o propiedad de la quinta parte de los ganados, por concepto de utilidades en el negocio de administración, cuando ya estaba ejecutoriada y en cumplimiento, la providencia de 27 de agosto de 1945, consentida por él, y que conducía a liquidar tales utilidades y deducir el saldo que hubiera en pro o en contra del señor Botero, y que excluía el pretendido derecho de propiedad, sin liquidación previa, a la quinta parte del hato, que ha venido a reclamar el demandante, después de encontrarse comprometido en el debate sobre cuentas de su administración, en el cual se ventilaba su derecho al cobro del saldo que por utilidades se le debiera, o su obligación de pagar el saldo que resultara en su contra.

Todo lo expuesto convence de que el demandante Botero no tiene el derecho real de dominio que ha pretendido hacer efectivo en este jui-

cio y que el Juez del circuito consideró infundado, llevándolo a la conclusión de absolver, sin salvedades, a la parte demandada, conclusión que acoge la Corte.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia. y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida y en su lugar confirma la de primer grado pronunciada por el Juez en lo Civil del Circuito de Salamina el 18 de octubre de 1952.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase en oportunidad al Tribunal de origen.

Luis Felipe Latorre U.—Agustín Gómez Prada. Ignacio Gómez Posse — Alberto Zuleta Angel— Ernesto Melendro Lugo, Srio.



PRUEBA DE LA ENTREGA DE LA MERCADERIA AL CONSIGNATARIO EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE. — SI EL CONSIGNATARIO NO HACE EL CANJE DE LA CARTA DE PORTE O NO OTORGA RECIBO, EL PORTEADOR PUEDE PROBAR LA ENTREGA DE LAS MERCANCIAS POR OTROS MEDIOS QUE ACREDITEN SUFICIENTEMENTE EL HECHO DEL RECIBO DE ELLAS POR AQUEL

1.—Determinada claramente en la demanda cuál es la sentencia judicial que persigue el actor; es decir, cuál debe ser la materia sobre que haya de recaer el fallo, no puede el sentenciador salirse de ese ámbito que le marca el propio actor, para fallar en sentido diverso a las súplicas de la demanda.

2.—El artículo 313 del Código de Comercio dice que el canje del original de la carta de porte con el duplicado, prueba la recepción de las mercaderías y el pago de porte y gastos; y el artículo 315 de la misma obra estatuye que el consignatario está obligado a otorgar al porteador el recibo de las mercaderías que le entregare, toda vez que, por no haberse extendido carta de porte, o por haberse extraviado, no pueda realizarse el canje de que habla el artículo 313 del Código de Comercio. Estas disposiciones indican que existen varios medios para probar la entrega de las mercaderías: o bien el canje de la carta de porte, o el recibo que está obligado a expedir el consignatario de las mercaderías que se le entreguen. Pero estas dos maneras de probar el recibo de las mercancías por el consignatario, no excluye que éste pueda probarse por otros medios. Sería absurdo pretender que si el consignatario no hace el canje de la carta de porte, por cualquier motivo, o si no otorga el recibo, pueda decirse que el porteador esté en la imposibilidad de probar la entrega de las mercancías por otros medios que acrediten suficientemente el hecho del recibo de ellas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre treinta de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila)

Eva Feldman, por demanda presentada ante el juez 2º en lo civil del circuito de Bogotá, inició juicio ordinario de mayor cuantía contra "la empresa o compañía de Transportes de Bogotá, representada por su Gerente, para que en la sentencia definitiva se condene a dicha compañía a pagar a mi poderdante la señora Eva Feldman el valor de setenta y cinco toneladas de mineral de plomo, que estimo en la suma de $ 22.500.00 moneda corriente y las costas de juicio".

"La causa o razón de esta demanda la fundo en que la citada compañía recibió de mi poderdante la mercancía en referencia para ser transportada y entregada a su consignatario en San Francisco de California (Estados Unidos), sin que la compañía transportadora haya o hubiera dado cumplimiento, siendo, en tal caso, responsable la compañía y estando por consiguiente obligada al pago o indemnización correspondiente, de conformidad con claras disposiciones del Código de Comercio y del Código Civil que reglamentan la materia".

Como hechos adujo los siguientes:

"Primero. En el mes de junio de 1949 la compañía demandada recibió de mi poderdante, en Buenaventura, 75 toneladas de mineral de plomo para ser transportadas y entregadas en San Francisco de California (Estados Unidos) a la Casa 'Aegean Trading Company' - 154 Nassau Street, New York 7, N. Y.

"Segundo. El mineral de que trata el punto anterior estaba la compañía transportadora en la obligación de entregarlo a la casa en referencia, en San Francisco de California (Estados Unidos) al principiar la tercera década del mes de julio de 1949.

"Tercero. La empresa o compañía transportadora demandada no entregó los documentos de embarque, estando obligada a hacerlo, lo que motivó, seguramente, la pérdida del aludido cargamento, con evidente perjuicio para mi poderdante.

"Cuarto. Los documentos de embarque de que trata el punto anterior no los entregó la compañía transportadora al consignatario, o sea a la ca-

sa 'Aegean Trading Company' de San Francisco de California en los Estados Unidos, al principiar la tercera década del mes de julio de 1949, según convenio, ni se sabe dónde reposan esos documentos, ni la compañía transportadora ha dado explicación satisfactoria al respecto.

"Quinto. La Compañía Transportadora demandada no envió los documentos de embarque, como estaba obligada, ni los entregó al consignatario en San Francisco de California en los Estados Unidos, lo he dicho en los puntos 3º y 4º. Por consiguiente, dicha compañía de transportes demandada no llevó a su destino, es decir, no entregó en el tiempo convenido, ni ha entregado hasta la fecha al destinatario las 75 toneladas de mineral de que se ha hablado anteriormente.

"Sexto. El valor de los fletes o transportes marítimos fueron satisfechos o pagados oportunamente, según recibos que mi poderdante conserva en su poder.

"Séptimo. Mi poderdante señorita Eva Feldman ha sufrido serios perjuicios por el incumplimiento de la Compañía Transportadora, estando por consiguiente obligada a la indemnización correspondiente mediante el pago del valor del mineral, el acarreo de éste desde las minas hasta ponerlo en Buenaventura, empaquetes, fletes, etc. ponerlo en Buenaventura, empaquetes, fletes, etc.

"Octavo. La Compañía Transportadora demandada no ha indemnizado a mi poderdante señorita Eva Feldman el valor del mineral que ella estima en la suma de $ 22.500.00 moneda corriente, a razón de $ 300.00 cada tonelada, por concepto de explotación, movilización desde las minas hasta el puerto de Buenaventura, empaques, fletes, etc.".

En derecho fundó la demanda en los artículos 319 y 327 del Código de Comercio Terrestre; 1º de la ley 52 de 1919 y 2070, 2071, 2072 y 2073 del Código Civil.

El juez del conocimiento dictó sentencia de primer grado el día diez y ocho de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos y condenó "a la sociedad demandada Grace & Compañía (Colombia) S. A., domiciliada en Bogotá, representada por su Gerente, a pagar a la demandante señorita Eva Feldman, extranjera, domiciliada en Colombia, el valor de los perjuicios sufridos a consecuencia del incumplimiento, por parte de tal sociedad de un contrato de transporte celebrado con la demandante, al que se refiere la parte motiva de este fallo. Los perjuicios serán regulados, una vez ejecutoriada esta providencia, por el procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judicial. Las costas de esta instancia son de cargo de la parte demandada".

La Compañía demandada apeló de la sentencia del juez y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, desató la litis, por sentencia de fecha veintidós de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro, que en la parte resolutiva dice:

"...El Tribunal en sala civil de decisión.....

"Revoca en todas sus partes la sentencia apelada y en su lugar declara que no hay lugar a condenar a la empresa demandada a la indemnización que de ella se pide en el libelo".

Además condenó a la parte actora a pagar las costas del juicio en ambas instancias (decreto 243 de 1951).

Contra esta sentencia interpuso el recurso de casación la parte actora en el pleito, y como se han cumplido los trámites legales propios del recurso, la Corte procede a resolverlo.

La sentencia acusada

Principia el Tribunal por estudiar cuál fue el contrato que realmente se celebró entre Eva Feldman y la sociedad denominada Grace & Compañía (Colombia, S. A.) "y que viene a ser el vínculo jurídico del cual nacieron para las partes los derechos y obligaciones que se debaten en el presente juicio", y de ese estudio deduce:

"En definitiva, pues, y como aparece de la copia del conocimiento de embarque (f. 37, cuad. 1º) y de otros documentos traídos a los autos, la sociedad Grace & Compañía (Colombia, S. A.) **embarcó** por cuenta de la señorita Eva Feldman, quien figura como embarcadora (shipper), en el vapor Santa Juana, propiedad de Grace Line Inc. al consignatario (consignee) denominado 'American Smelting & Rifining Company S. A.; para entregárselo en San Francisco de California (dando aviso a Aegean Trading Co.) un cargamento de 896 sacos de mineral de plomo que en el conocimiento de embarge figuran con un peso de 66.000 kilos, según el manifiesto de aduana pesan 62.000 y de conformidad con el informe de exportación del fl. 34, cuad. 1º, sólo pesarían 51.520. El despacho se hizo para el viaje número 16 del nombrado barco y debió ingresar a éste el 6 de julio de 1949, según el mencionado manifiesto (f. 38, cuad. 1º), el cual se halla extendido en formulario con membrete impreso 'Grace & Compañía (Colombia) S. A.', y por venir en copia autenticada con las firmas de los funcionarios responsables tiene eficacia probatoria".

Para llegar a esta conclusión razona así el sentenciador:

"...Lo sustancial de la afirmación de la demandante es que la compañía demandada lo recibió (el cargamento) para ser transportado y entregado al consignatario en el lugar de su destino. La empresa demandada niega haber recibido el material y afirma haberse limitado 'obrando como agente de aduana' a preparar los documentos necesarios y a obtener cupo de la Grace Line Inc. para transportar la mercancía. Y agrega: 'De modo que Grace & Compañía (Colombia) S. A. se limitó a embarcar en el vapor Santa Juana, de propiedad de la Grace Line Inc., mineral en la cantidad de 896 sacos', etc.

"Se reconoce, pues, por la entidad demandada, que ella 'embarcó' por orden de la señorita Feldman el cargamento. Obró en tal caso como comisionista de transporte, lo cual no se opone a que también hubiera servido como agente de aduana, ya que la ley 79 de 1931, 'orgánica de aduanas', dice en su artículo 400: 'La expresión agente de aduana comprende a toda persona que se entienda con la aduana en nombre y representación de terceros'. Según la respuesta dada por Grace & Compañía (Colombia) S. A. al hecho primero de la demanda y por lo que aparece de numerosas pruebas aducidas por ella misma y por su contraparte, dicha empresa desempeñó las funciones de comisionista de la señorita Feldman para hacer transportar un cargamento de mineral. En la sentencia de primera instancia aparece un completo examen de las pruebas que condujeron al juez a quo a la convicción de que la sociedad demandada 'sí contrató en calidad de comisionista de transportes la conducción' del mineral de plomo a que se refiere la demanda. El Tribunal está de acuerdo con esta conclusión, sacada por el juez del acervo probatorio analizado. Este negocio, por otra parte, es uno de los principales que la firma demandada tiene como objeto de su actividad social, en virtud de lo declarado en la reforma de sus estatutos (fl. 12, cuad. 1º) cuyo artículo segundo dice:

'El objeto de la sociedad será toda clase de negocios comerciales relacionados con el embarque y desembarque de mercaderías, despacho y transporte terrestre, fluvial, aéreo o marítimo de personas, correos y mercaderías de todo género, empleando sus propios elementos o usando los de otros'. (Se subraya, etc.).

"La empresa Grace & Compañía (Colombia) S. A., es pues una comisionista de transportes y como tal celebró con la señorita Eva Feldman el contrato a que se refiere la demanda y que se halla demostrado en autos y admitido por la misma sociedad cuando dice: 'Se limitó a embarcar en el vapor Santa Juana, de propiedad de la Grace Line Inc., mineral en la cantidad de 896 sacos...'.

"Aunque la demanda habla de 75 toneladas, no se demostró en parte alguna que tal fuera el peso del cargamento recibido por la empresa comisionista de transportes para embarcar por cuenta de la demandante. Y aun cuando el juez a quo en la motivación de la sentencia estima probado que el contrato de transporte celebrado entre las partes en este juicio se extiende a 1.200 sacos de mineral de plomo con 69.000 kilos de peso a que se refiere el manifiesto de exportación visible al folio 38 del cuaderno 1º, reconoce que la compañía demandada solamente recibió para el embarque 896 sacos con 62.000 kilos de peso, según el citado manifiesto, y que es ese el cargamento que por culpa del comisionista de transportes no llegó a la empresa destinataria.

"El apoderado de la actora en su memorial del fl. 90, cuaderno 1º, al pedir aclaración del error de copia que había en la sentencia sobre el peso de los 896 sacos, manifestó que en caso de que no se hiciera aquella aclaración, 'apelaría de la sentencia, pero únicamente en cuanto a la graduación del peso de los sacos despachados'. La aclaración fue hecha por el juez. Y agregó el apoderado de la actora:

"Por todo lo demás expreso mi conformidad con el fallo recurrido que estimo ampliamente motivado y sólidamente concebido en derecho. Por tanto, la litis quedó circunscrita a si llegaron o no a manos del consignatario aquellos 896 sacos de mineral y si, en consecuencia, se debe o no la indemnización por la pérdida de la mercancía transportada".

Y continúa la sentencia:

"Aclarada la cuestión básica, o sea la de establecer cuál es el contrato que liga a las partes demandante y demandada en este juicio, y que el objeto de aquel contrato fueron los 896 sacos de mineral a que se refieren los citados documentos, se examina en seguida lo relativo a los demás hechos de la demanda y la respuesta que conduce a demostrar si se justifica o no la petición formulada por la actora. A este respecto se pueden resumir así los primeros cinco hechos de la demanda:

"Grace & Compañía (Colombia) S. A. debía

despachar el cargamento a la casa 'Aegean Trading Company', y ésta recibirle en San Francisco de California al principiar la tercera década de julio de 1949. Por no haber entregado la empresa demandada los documentos de embarque a la compañía 'Aegean', a quien debía consignársele el cargamento, ésta no lo recibió ni a la fecha de la demanda se sabía dónde reposaban esos documentos. Esto motivó la pérdida del cargamento, con los perjuicios consiguientes para la comitente embarcadora.

"Se afirma en la demanda y lo acepta la empresa demandada, tanto en su respuesta a los hechos primero y tercero del libelo como en posiciones absueltas por su Gerente (f. 47, cuad 5º), que el cargamento de mineral fue consignado a Aegean Trading Company, cuya dirección es 154 Nassau Street, New York 7, N. Y. Sin embargo, el conocimiento de embarque y el manifiesto de aduana, cuyas copias se han traído a los autos por la empresa demandada, dicen que el consignatario (consignee) es American Smelting & Rifining Co. El primero de estos documentos dice que debe darse aviso (notify) a Aegean Trading Co. Resulta entonces que en este punto hubo un error del comisionista de transportes, y además agente de aduana, al ejecutar las instrucciones de la comitente cargadora señorita Feldman. De este error inicial se han generado, según parece, las diferencias entre las partes que condujeron al actual pleito entre la cargadora y comitente y la empresa comisionista del transporte.

"La compañía demandada ha dicho en su descargo que los documentos de embarque fueron expedidos por ella para consignar a la casa Aegean y que posteriormente los cambió, siguiendo instrucciones de la comitente, a favor de American Smelting & Rifining Co.

"La carta dirigida a Eva Feldman el 11 de agosto de 1949 por M. N. Cavalliotis en nombre de Aegean Trading Co. (traducción fl. 44, cuad. 2º), dice: 'Hice que mi agente en San Francisco verificara el manifiesto de la nave y me informó que su nombre (el de Eva Feldman) figuraba allí como el remitente con la sociedad Aegean Trading Company, como consignatario'. Esto probaría que inicialmente se consignó el cargamento a la casa Aegean como sostiene la parte demandada, pero le faltaría a ésta probar entonces que el cambio se hizo por orden de la embarcadora. La falta de esta prueba sería decisiva si la demanda se hubiera enderezado a obtener la indemnización de perjuicios por las demoras y gastos extraordinarios que pudieron ocasionarse a la actora como consecuencia de este error, pero habiéndose afirmado en el libelo que el cargamento no había llegado al consignatario Aegean Trading Co. y solicitado la consiguiente indemnización de su valor, queda sin consecuencia el error confesado por la parte demandada en cuanto al cambio de consignatario".

Entra en seguida el Tribunal en el análisis de varias de las piezas que obran en el proceso y menciona: la carta de M. N. Cavalliotis de 11 de agosto de 1949, dirigida a Eva Feldman, y dice:

"En la carta de M. N. Cavalliotis que acaba de citarse, y después de comunicar a la señorita Feldman que la firma que él representa, la Aegean, aparece como consignataria del cargamento, le advierte la necesidad de que le haga llegar la factura consular expedida por el Consulado Americano. 'Esto lo exige la aduana de los Estados Unidos y usted tendrá que enviármela por avión a la mayor brevedad posible'. De modo que partiendo del supuesto que la firma Aegean era la consignataria, le faltaba la factura consular correspondiente.

"En carta del 18 del mismo para la señorita Feldman, el citado señor Cavalliotis dice: 'Tomé nota de que usted le había impartido instrucciones a Echeverri para preparar una factura consular, éste dejó de hacerlo causándonos así la demora de tener este mineral almacenado en Selby durante más o menos un mes... También dejaron de librar los documentos de embarque aunque al hacerse una verificación posterior se descubrió que habían sido ejecutados equivocadamente. Usted ha indicado en estos documentos que el consignatario es la sociedad americana Smelting & Rifining Company y ha indicado que a la parte a la cual se debe notificar es a la sociedad Aegean Trading Co. La expedición de tales documentos en la forma en que fueron ejecutados, está mal hecha (sic). Estamos ahora sometidos a la voluntad de la sociedad American Smelting & Rifining Co., al solicitarles que libren el mineral porque de acuerdo con la ley, aparecen como los consignatarios y no aparece siéndolo la Aegean' ".

Para establecer si el cargamento de 896 sacos de mineral fue recibido por la Aegean Trading Co., hace el Tribunal un detenido análisis de las pruebas presentadas al juicio, y examina la correspondencia postal y cablegráfica del representante de la sociedad Aegean Trading Co. para

la actora Eva Feldman y que presentó esta parte a los autos.

Cita el Tribunal la carta de 11 de agosto de 1949 en la que dice Cavalliotis a la señorita Feldman:

"Entre tanto tan pronto como haya sido aclarada la situación con la Grace Line respecto al conocimiento de embarque, situaré un giro con las autoridades de la aduana y despacharé las mercancías de la aduana a fin de transportarlas a los fundidores para que allí sean tratadas. Para apresurar los asuntos, he remitido un cable a usted en esta fecha, cuya copia le adjunto, solicitándole autoridad para pagar una suma aproximada de $ 890.00, que es reclamada por la oficina de la Grace Line en San Francisco como pago por adelantado sobre el envío".

Y en carta del 18 de agosto, dice el agente de la Aegean Trading Co.:

"Para librar el embarque a mi agente remisor en San Francisco, al recibir el segundo juego de documentos de embarque, puesto que la Grace Line insiste en que hasta que este segundo juego de conocimiento de embarque esté en sus manos (sic), no tiene intención de librar el cargamento".

Y en carta de Cavalliotis a la Grace & Compañía (Colombia) S. A., en Buenaventura, de fecha 1º de septiembre, y en relación con los 896 sacos de mineral, dice:

"...Con respecto al cual fueron cancelados los conocimientos de embarque originales, y un segundo juego de originales fue expedido en lugar de aquéllos. Este embarque fue descargado en Selby el día 27 de julio, y desde ese tiempo ha estado sujeto a costas de bodegaje...".

Anota el Tribunal que "después de la resistencia a la expedición de nuevos documentos de embarque, terminó la Aegean aceptando que ello se hiciera, como lo demuestra el cable del 22 de agosto, cuya traducción aparece en el f. 68 del cuad. 2º, donde dice a la señorita Feldman:

'Envíe rápidamente segundo juego conocimientos embarque sobre mineral Selby porque aduana San Francisco exige sea retirada inmediatamente. De otra manera impondrá fuerte multa'.

"Bueno es recordar aquí que la copia de la carta de la Grace Line Inc. de Buenaventura para su casa de Nueva York, del 10 de agosto, traída como prueba por la demandante, dice que los conocimientos de embarque originales por los 896 sacos, fueron enviados a Grace Line Inc. de San Francisco 'puesto que el cargamento según el conocimiento de embarque se efectuaba por resultados de pesos (per out turn Weight). (Esto mismo dice la copia del conocimiento de embarque, v. f. 66)".

Como resultado del examen de las pruebas relacionadas, dice la sentencia:

"Se tiene, pues, hasta aquí lo siguiente: el embarque se hizo conviniendo en pagar el flete según el resultado del peso en el puerto de llegada. Por eso enviaron los documentos a la casa transportadora, quien debía entregar la mercancía al recibir el valor del flete. Al averiguar el agente de la Aegean por la carga, le dijeron primero que venía consignada a ésta, pero le faltaba en ese momento el conocimiento de embarque y pedía además la factura consular para librarla. Luégo se le informó de que la consignataria era la empresa fundidora American Smelting & Rifining Co. La Aegean pidió con urgencia el nuevo juego de documentos de embarque e insistió en el envío de la factura consular para retirar la mercancía. La aduana le cobraba bodegajes y la conmina con multas si demoraba el retiro. Exigió autorización a la embarcadora señorita Feldman para gastos U. S. $ 800.00, que cobraba la Grace Line por el flete antes de entregar la mercancía. Finalmente anunciaba que se estaba entendiendo con American Smelting & Rifining Co. para librar el cargamento, para lo cual sólo esparaba el nuevo juego de documentos, pues la Grace Line sólo entregaría éste al consignatario. La correspondencia de M. N. Cavalliotis traída por la demandante al expediente, llega sólo hasta el 1º de septiembre de 1949.

"Para seguir la pista del cargamento en el expediente, deben verse otros documentos. El certificado oficial del Recaudador de Aduanas de San Francisco fue traído por la empresa demandada para demostrar que los 896 sacos de mineral le habían sido entregados a Aegean Trading Co. como consignataria. El documento en cuestión (que traducido se lee en el folio 4 del cuaderno número 3), arroja los siguientes datos:

"El cargamento de 896 sacos de mineral de plomo (lote Selby número 3.103), con peso bruto de 129.880 libras americanas, que llegó a San Francisco en el vapor 'Santa Juana', el 23 de julio de 1949, procedente de Buenaventura, fue importado y desembarcado en el almacén de depósito de la aduana bajo el número de entrada 3904, con fecha 14 de septiembre de 1949. Tal cargamento lleva la marca E. F. y aparece consignado a la sociedad Aegean Trading Co., con conocimiento

de embarque número 25 (el mismo que corresponde a la copia traída a los autos) y bajo factura de Bogotá número 79, del 30 de agosto de 1949, o sea una expedida después de las reiteradas solicitudes del señor Cavalliotis a la señorita Feldman. El documento anterior demuestra que, por fin el 14 de septiembre y sin duda por haber recibido la sociedad Aegean los documentos de embarque rectificados y la factura consular que tan insistentemente solicitaba durante el mes de agosto a la señorita Feldman, pues de otro modo ni la Grace Line ni las autoridades aduaneras los hubieran permitido, entraban a los almacenes de depósito bajo la indicación Lote Selby 3.103, los 896 sacos de mineral a la orden de la firma consignataria Aegean Trading Co. Los agentes de aduana intermediarios fueron P. W. Bellingall, como lo acredita un sello al dorso de aquel documento".

Afirma el Tribunal que la demandante ha traído también a los autos la prueba decisiva de que los 896 sacos de mineral fueron recibidos por quien representaba en San Francisco a la Aegean Trading Co. y respaldando esta afirmación cita un certificado de la Prefectura del Control de Cambios y se expresa así:

"Dice aquel certificado... 'Este despacho, después de un atento estudio de toda la documentación, ha establecido que las citadas exportaciones no sólo no han producido ninguna clase de divisas, sino que han ocasionado fuertes pérdidas para la señorita Feldman como puede verse en los documentos en referencia. Además, el mineral despachado por la señorita Feldman no llegó en su totalidad al lugar de su destino: así vemos por ejemplo que de un embarque de 896 bultos con un peso de 72 toneladas, sólo se recibieron en San Francisco 57 toneladas y no del mineral despachado sino de piedra y tierra, sin ningún valor comercial, como se desprende de la carta dirigida al Gerente de la Grace Line, compañía despachadora, por el apoderado de la señorita Feldman, doctor Ernesto Alvarez Ruiz, con fecha octubre 25 de 1949'.

"La citada carta del entonces apoderado de la señorita Feldman cuya copia traída por ella a los autos es el folio 1º del cuaderno 1º, dice que la casa fundidora 'Exmelther' dio la constancia de ese desfavorable resultado al señor M. N. Cavalliotis. El certificado de la Prefectura del Control de Cambios agrega: 'También debe aclararse que el total del mineral exportado sólo fue de 1.457 sacos, de acuerdo con la certificación de la Aegean Trading Co., de fecha febrero 25/50, que debidamente autenticada por el Cónsul General de Colombia en Nueva York obra en las diligencias. Lo anterior quiere decir que los 896 sacos de mineral embarcados en el 'Santa Juana' llegaron a San Francisco de California y deben de formar parte del total de 1.457 sacos que la Aegean Trading Co. representada por Cavalliotis, certificó haber sido exportados por la señorita Feldman. Y, de todos modos, si Cavalliotis afirma que sólo recibió 896 sacos a través de una casa fundidora, pero con un contenido sin valor comercial, fue porque recibió el cargamento. Lo del contenido es un hecho distinto.

"Según aquel certificado de la Prefectura del Control de Cambios que se basa en informes suministrados por la demandante, como la carta del doctor Alvarez Ruiz, apoderado en el tiempo en que la suscribió (y la cual se basa, a su vez, en los informes de M. N. Cavalliotis), lo recibido al fin en los 896 sacos fueron piedras y tierra, sin valor comercial alguno. Pero en la segunda instancia se ha esclarecido también este punto y se ha confirmado con otras pruebas la entrega del cargamento a la firma Aegean Trading Co....".

Hace referencia la sentencia a la carta de 12 de marzo de 1952, de Grace Line Inc. a Grace & Co. (Colombia) S. A. "en la cual afirman que entregaron a American Smelting & Rifining Co., de San Francisco de California, en Selby, en el mes de julio de 1949 el cargamento llegado en el vapor Santa Juana, le halla la razón a la señorita Feldman en cuanto sostiene que no le enviaron a ella el conocimiento de embarque relativo a ese material, pues ellos recibieron dichos conocimientos directamente de la oficina de Buenaventura anexos a una carta del 8 de julio y agrega: "y nosotros, en consecuencia, pasamos esos conocimientos de embarque a la American Smelting & Rifining Co., puesto que el conocimiento de embarque era conocimiento directo y la American Smelting & Rifining Co. era el consignatario ahí nombrado... cartas dirigidas por American Smelting & Rifining Co. el 29 de febrero y el 4 de marzo de 1952 a Grace Line Inc. de San Francisco de California (con sus correspondientes traducciones) en las cuales declaran (sic) que el cargamento de 896 sacos de minerales de plomo llevados por el vapor Santa Juana en su viaje número 16 (el mismo que aparece en el conocimiento de embarque), fue desembarcado en Selby el 27 de julio y constituía el lote

de Selby número 3103. Idéntico número al del lote de Selby que, (según el certificado de la Aduana de San Francisco de que antes se hizo mención), llegó consignado a Aegean Trading Co., cuyo representante señor Cavalliotis, había dicho en carta del 1º de septiembre para Grace & Co. (fl. 57, cuad. 2º), que se hallaba descargado en Selby desde el 27 de julio pagando bodegaje y para liberar el cual había pedido a Eva Feldman en cable del 27 de agosto apresurar el envío de los documentos de embarque porque la aduana de San Francisco exigía su inmediato retiro.

"... ... ...

"Los datos anteriores coinciden exactamente con los del certificado de la aduana de San Francisco de California, ya mencionados, y en el cual el cargamento que entró a los almacenes bajo el número tres mil novecientos cuatro (3.904) se identifica con el lote de Selby número tres mil ciento tres y aparece consignado a la casa Aegean Trading Co. En los certificados de los almacenes figura como importadora la firma American Smelting & Rifining Co. Esto prueba que el cargamento llegó a San Francisco y que fue recibido por la casa Aegean como consignataria. Esta, a su vez, se entendió con la otra firma nombrada para entregarle los minerales. En los almacenes de depósito de la aduana figura la American Smelting & Rifining Co. como importadora, lo cual no es contradictorio con la calidad de consignataria con que apareció la Aegean y tiende a confirmar que negoció con aquélla el cargamento, como lo afirma en carta a la Grace Inc. Además, siendo aquella casa fundidora y refinadora de minerales y la Aegean una casa simplemente de comercio, como lo indican sus nombres, es claro que ésta necesitaba de los servicios de aquélla para obtener del mineral en bruto su contenido en minerales fundidos y refinados. Las cartas del Gerente de la casa Aegean, antes examinadas, anunciaba ya que iba a entenderse con dicha casa fundidora para librar el cargamento".

Después del examen de otras pruebas que dejan en el ánimo del Tribunal la certidumbre de que los 896 sacos de mineral que Grace & Co. de Colombia embarcó en Buenaventura el 6 de julio de 1949 por cuenta de Eva Feldman consignados a American Smelting & Rifining Co., llegaron finalmente el 14 de septiembre del mismo año a poder de Aegean Trading Co., entidad a la cual debía entregarse por voluntad de la embarcadora y que esa sociedad los recibió mediante un arreglo con la American Smelting & Rifining Co., empresa especializada en fundición, valiéndose ambas firmas de los servicios del mismo agente aduanero en San Francisco, P. W. Bellingall...", se refiere la sentencia a la declaración del doctor Ernesto Alvarez Ruiz, antiguo apoderado de la demandante y quien dice "que la señorita Feldman le vendió a Aegean Trading Co. por U. S. $ 4.436.00 el cargamento embarcado en el Santa Juana el 6 de julio de 1949 y añade que "ella no recibió la suma en dólares antes expresada, por no haber podido entregar en su oportunidad el mineral que con ella se pagaba... De este cargamento sólo se recibió en California un total de 57 toneladas, no del mineral que fue despachado, sino de piedras y tierra, como lo certifica la casa fundidora de California, 'Exmelther', según constancia que le dieron al representante de miss Feldman en Nueva York, M. Cavalliotis". Para concluir que de la declaración se deduce que la señorita Feldman no recibió el precio de la venta por no haber llegado oportunamente aquel cargamento. Pero decir que no lo recibió en oportunidad, no equivale a afirmar que con retardo no lo hubiera recibido". Los certificados oficiales de los depósitos de la aduana de San Francisco sobre los cuales, previos análisis y ensayos, se pagaron los derechos fiscales en los Estados Unidos, revelan que las piedras y tierras contenidas en los 896 sacos y con un peso neto de 217.640 libras americanas, produjeron 14.739 libras de plomo, 11.116 libras de zinc, 10.80 onzas troy de plata y, además, para reexportarlas al país de origen, 18.91 onzas troy de oro, todo ello por un valor registrado de U. S. $ 1.401.00, inferior al de U. S. $ 4.436.00, en que la señorita Feldman vendió el mineral a la Aegean, según la declaración de su apoderado y en conformidad con la factura consular y con la afirmación de American Smelting & Rifining Co.

"Indudablemente no valía el cargamento los gastos que para extraer el mineral, transportarlo, exportarlo de Colombia, importarlo en los Estados Unidos y entregarlo al destinatario, fundirlo y refinarlo, hubieron de hacer la demandante y sus consignatarios en los Estados Unidos, pero no carecía de valor comercial y su contenido en plomo y zinc y algo en metales preciosos contribuyen a comprobar que se trataba del mismo material que la demandante hizo cargar en Buenaventura, declarado como 'mineral de plomo', y que con tal carácter fue introducido en los Estados Unidos".

Termina así la parte motiva de la sentencia:

"Habiéndose llegado a la conclusión de que el cargamento de 896 sacos fue recibido por la firma Aegean Trading Co., a quien la señora demandante los había vendido y consignado para entregar en el puerto de San Francisco, y consistiendo la única petición formulada en la demanda en que se condene a Grace & Co. (Colombia) S. A. a pagar el valor total en concepto de que la mencionada mercancía no había llegado a su consignatario, el fallo tiene que ser totalmente absolutivo".

La demanda de casación

Se expresa así el recurrente:

"Acuso la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día 22 de octubre de 1954, en el juicio ordinario de Eva Feldman contra Grace & Cía. (Colombia) S. A., con base en la causal primera prevista en el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, o sea por los siguientes motivos en relación con esa causal.

"**Primer motivo.**—Violación directa de la ley. Por omisión de aplicación de los artículos 298, 300, 395, 306, 430, ordinal 1º y 433 del Código de Comercio y por violación directa, por el mismo motivo de omisión de la ley 52 de 1919, en su artículo 6º".

El fundamento de este cargo lo hace consistir en lo siguiente:

"...Este capítulo discurre sobre la omisión al parecer voluntaria, del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de resolver el pedimento de la demanda relativa a la indemnización de perjuicios en virtud de la llegada tardía con demoras gravemente perjudiciales de la mercancía al consignatario. Esta omisión condujo al Tribunal a no aplicar, sobre hechos probados en el expediente y reconocidos como probados por el Tribunal, los artículos que acabo de citar, o sean los 298, 300, 303, 306, 430, ordinal 1º del Código de Comercio, y el artículo 6º de la ley 51 de 1919.

"Segundo hecho probado.—Además el Tribunal admite que el embarque fue hecho en julio del 49 y que los bultos no fueron entregados a su consignatario sino el 14 de septiembre, o sea dos meses después en una fecha posterior al arribo del barco correspondiente a Estados Unidos.

"Las leyes sustantivas sobre indemnización de perjuicios en derecho comercial por causa de demora en la entrega de la mercancía o de cambio del consignatario, fueron violadas por el Tribunal en una forma flagrante y ostensible. Esto se explica porque el Tribunal cometió gravísimos errores al apreciar la parte petitoria de la demanda.

"Hemos visto la breve historia de este pleito que (sic) la demanda está concebida sobre el pago de la indemnización correspondiente en forma general, ya sea por la desaparición total de la mercancía o por su entrega tardía, o por el cambio de consignatario. En los hechos de la demanda y no solamente en la parte petitoria que antes se transcribió, se hicieron resaltar estas circunstancias.

"...En el punto 4º que antes se transcribió, se destaca que se acusa a la empresa demandada de no haber entregado el cargamento en el 'tiempo convenido', de donde se colige que el Tribunal cometió el gravísimo error de no apreciar en su debida forma el contenido de la demanda y negarse a aplicar texto (sic) sustantivo de derecho a hechos probados, a culpa demostrada.

"c) La sentencia de segunda instancia viola directamente textos legales sustantivos."

Hace un recuento de las apreciaciones que contiene la demanda y dice "que en el expediente se demostraron dos hechos que ya son materia de la controversia porque fueron aceptados por las partes y reconocidos como probados en la sentencia de primera instancia y en fallo de segunda instancia. Estos hechos son dos: Primer hecho probado. Que el cargamento a que se contrae la demanda fue despachado en virtud de contrato con la compañía demandada, y figurando como consignataria Aegean (sic) Trading Co., Casa de Nueva York, y que la compañía sin que haya descargado su culpabilidad cambió en los documentos de embarque la persona del consignatario por la de American Smetinand (sic) Refinen (sic) Company.

"Segundo hecho probado. Que el memorial (sic) fue transportado como lo dice la sentencia del Tribunal y como aparece en el manifiesto de embarque (visible al cuaderno 1º del expediente, folio 38) el día 6 de julio de 1949. Que en el mejor de los casos, siguiendo la tesis más favorable a la compañía, expuesta en la sentencia del Tribunal, el cargamento no fue entregado al consignatario sino el 14 de septiembre del mismo año de 1949, o sea, mucho después de su arribo a la ciudad a donde iba destinado.

"Estos hechos demostrados y probados acarrean la necesaria aplicación de los artículos 298, 300,

305, 306, 430, ordinal 1º y 443 del Código de Comercio, así como también la aplicación del artículo 6º de la ley 52 de 1919...".

Dice que los artículos citados establecen "la responsabilidad del portador (sic) desde que reciba la mercancía" hasta que la entregue al consignatario, luego "la responsabilidad del porteador, en este caso la Grace & Compañía (Colombia) S. A., abarca el lapso comprendido entre el 6 de julio al 14 de septiembre de 1949, lapso dentro del cual se produjeron el cambio del consignatario y la demora de la mercadería"; que la mercancía debe entregarse al consignatario so pena de pagar daños y perjuicios "tan luego como hubiere llegado a su destino"; que la mercancía no se entregó "tan luego que llegó a su destino", debido a las faltas culposas de la empresa porteadora.

Comenta el artículo 300 del Código de Comercio, que se refiere a las demoras o retardos a la llegada de la mercancía, para decir que este artículo ha debido aplicarse a este hecho del retardo que fue probado y admitido por el Tribunal. No obstante, en la sentencia recurrida se abstuvo de darle aplicación a dicho precepto legal, incurriendo así en una violación por omisión. El último inciso del mismo artículo se refiere no solamente a las indemnizaciones a causa del retardo, sino a todos los demás perjuicios que por causa de este retardo pudieron sufrir los interesados. De manera que en este artículo está comprendido todo el perjuicio que la señora Eva Feldman sufrió y el cual debe ser indemnizado por aplicación de este texto legal.

"Artículo 206 (sic) del Código de Comercio. Este artículo dice que el retardo en la entrega de la mercancía se presume que ocurre por culpa del porteador. Este hecho lo reconoce el Tribunal en los párrafos antes transcritos. La mercadería llegó con retardo y la compañía demandada no se ha exculpado (sic) en el debate probatorio de esta culpabilidad que gravita sobre ella".

Se refiere al artículo 430 del Código de Comercio para decir que "este artículo tiene la ventaja de que hace gravitar sobre el porteador dos clases de responsabilidades, tal como se enfocó en el caso de la presente demanda. En el primer inciso prevé la demora en la entrega de la mercadería, lo cual entraña una responsabilidad", y agrega:

"Bajo esta causal estoy indicando únicamente la violación del inciso primero, o sea que estando demostrada la circunstancia de que la mercadería se entregó tardíamente con retrasos anormales al consignatario, debe aplicarse este artículo en su primer inciso que hace gravitar la obligación indemnizatoria sobre el porteador".

Continúa el recurrente:

"Está demostrado que la compañía demandada cambió los documentos de embarque e hizo aparecer a una compañía distinta como a la consignataria. En consecuencia, ha debido darse aplicación al artículo 433 del Código de Comercio, que hace responsable de este hecho al porteador para con el comitente y el consignatario. En efecto, dice el artículo que el porteador responderá de los 'daños y perjuicios que le ocasionare el cambio de destino de las mercaderías, toda vez que lo verificare sin que el comitente haya acreditado el consentimiento del consignatario'.

"Comoquiera que no se acreditó tal circunstancia, como lo dice la sentencia del Tribunal, es claro que ha debido darse aplicación a este artículo 433. No habiéndose obrado en esta forma jurídica, se violó dicho artículo directamente por omisión, o sea, por no aplicarlo a un hecho probado en el litigio".

Comenta el artículo 6º de la ley 52 de 1919 y afirma que como está probada la demora, el Tribunal ha debido condenar a la compañía demandada haciendo pagar a Eva Feldman la multa indemnizatoria de que trata el artículo citado, y concluye así:

"Resalta de todo lo que se tiene dicho que ante hechos abundantemente demostrados en el respectivo debate, y reconocidos como probados tanto por el Tribunal como por la compañía demandada, la sentencia correspondiente no aplicó las normas de derecho sustantivo que acabo de citar y que indican y gradúan la responsabilidad y la obligación indemnizatoria que gravita sobre la compañía demandada.

"Motivo segundo de casación dentro de la causal primera. — Infracción indirecta por error de derecho en la apreciación de una prueba y por falta de apreciación de otra, lo cual conduce a la violación de los artículos 298, 306, 308, 313, 315, 430, ordinal 2º del Código de Comercio.

"La base jurídica de esta demanda bajo el amparo del motivo 2º de casación a que se hace referencia en el título, se asienta sobre el hecho (sic) de que el Tribunal en la sentencia recurrida apreció la prueba que obra en el cuaderno 3º al folio 35 y 36, como demostrativa de que, al fin, después de varios meses, la mercancía fue entre-

gada a la primitiva agencia consignataria, o sea a la Aegean Trading Co."

Dice el recurrente que la prueba a que se refiere es un certificado de desembarque para cancelación de bonos dados en un país extranjero; que este certificado demuestra que la mercancía llegó al puerto de destino, puesto que fue desembarcada, pero que no demuestra que la mercancía se hubiera entregado a la Aegean Trading Co.; que el artículo 313 del Código de Comercio dice que "el canje del original de la carta de porte con el duplicado, prueba la recepción de las mercaderías y el pago de porte y gastos"; que esta prueba presentada por la compañía demandada no es la que requiere el artículo citado para demostrar la entrega de la mercancía al consignatario, por lo tanto existe error de derecho porque se le da a la prueba presentada un valor que no está acreditado por las disposiciones del Código de Comercio, que exige una prueba distinta para tal efecto. Esa prueba, según el recurrente, es la indicada por el artículo 215 (sic) del Código de Comercio, "el cual dice que el consignatario tiene la obligación de otorgador (sic) al porteador el recibo de las mercaderías que le entregare. De manera que para el caso del artículo 315 del Código de Comercio, la misma obra indica una sola prueba, exclusiva, para demostrar la entrega de la mercadería al consignatario. Esta prueba no puede ser otra que el recibo extendido por el consignatario. En la planilla o prueba de desembarque de la mercadería no aparece la firma de ningún representante de la empresa 'Aegean Trading Company'. No se trata pues de un recibo de la mercadería. El Tribunal le dio a la prueba un valor que legalmente no tiene; violó por lo tanto las disposiciones sobre apreciación de las pruebas, y tal violación lo condujo a violar las disposiciones sustantivas fundamentales que hacen gravitar sobre la empresa la obligación indemnizatoria por no haber cumplido con sus compromisos contractuales".

Y cita como violados los artículos 298, 300, 306, 308 y 430, inciso 2º del Código de Comercio, y hace hincapié que en el presente caso "se trata de que la mercadería no llegó a manos del consignatario, lo que indica la pérdida del envío".

"Error e infracción indirecta por falta de apreciación de una prueba". Este cargo lo hace consistir el recurrente en que el Tribunal en lugar de tener como prueba demostrativa de la entrega de la mercadería el documento que aparece a los folios 4 y 5 del cuaderno de pruebas de la primera instancia, o sea el certificado de desembarque para cancelación de bonos dados en país extranjero, ha debido tomar como prueba los documentos de entrada en bodega sin liquidar y de entrada en bodega liquidada, que indican que el cargamento fue recibido por la American Smelting & Rifining Co. y cita, además, las cartas en donde la Grace Line dice que "estas entradas probaron sin lugar a duda que el embarque en referencia sí fue entregado a la American Smelting & Rifining Co.".

"De conformidad con esta prueba, que sí tiene valor legal, acontece que la mercadería fue entregada a un consignatario distinto de la persona que indicó como tal la señorita Eva Feldman".

Como consecuencia de esa argumentación, dice el recurrente que el Tribunal violó los artículos 298, 306, 308, 313, 315, 430, ordinal 2º del Código de Comercio "en virtud de que no se les dio aplicación comoquiera que la prueba legalmente producida demuestra que el consignatario designado por la señorita Eva Feldman no es la misma persona que recibió la mercadería en los Estados Unidos de Norteamérica (sic)".

"Esos artículos indirectamente fueron violados comoquiera que deben aplicarse y por lo tanto condenar a la compañía demandada a pagarle a la señorita Eva Feldman los daños ocasionados por la pérdida del cargamento. En efecto, legalmente la palabra 'pérdida' no quiere decir que el cargamento se haya destruído materialmente sino que no fue recibido por el consignatario, indicado por la señorita Eva Feldman.

"De manera que sobre esta desaparición total del cargamento, desde el punto de vista de que no lo recibió el consignatario respectivo, debe darse aplicación al dictamen rendido por los peritos en el cual se avaluó el perjuicio total sufrido por la señorita Eva Feldman bajo una de las peticiones de la demanda, o sea para el caso de pérdida total del cargamento".

Examen de los cargos

La Corte considera:

El fundamento de la sentencia del Tribunal consiste en que, para el sentenciador, en la demanda de Eva Feldman contra Grace & Co. (Colombia) S. A., se afirmó que el cargamento de 896 sacos de mineral de plomo que la demandante entregó en Buenaventura a la sociedad demandada para que ésta los transportara y entregara en San Francisco de California a Aegean

Trading Co., no había llegado al consignatario y por este motivo pide la actora que se condene a la parte demandada a pagarle el valor del cargamento. Pero como está demostrado, según la misma sentencia, que el cargamento llegó a poder de la Aegean Trading Co., no debe prosperar la petición de la de la demandante, toda vez que Eva Feldman no enderezó la demanda a obtener la indemnización de perjuicios por las demoras y demás gastos extraordinarios que pudieron causarse a la actora como consecuencia del retardo en la entrega del cargamento, debido a una equivocación de la sociedad demandada por el cambio que hizo en la designación del consignatario.

Considera el Tribunal que está claramente establecido que la sociedad demandada "sí contrató en calidad de comisionista de transportes la conducción" de 896 sacos de mineral de plomo que la actora entregó a la empresa comisionista en Buenaventura para que fueran entregados a la casa consignataria en San Francisco de California; y también se demostró en el juicio que los referidos sacos de mineral de plomo fueron recibidos por Aegean Trading Co. el 14 de septiembre de 1949.

La demanda pide que se condene a la empresa demandada a pagar a la actora el valor de 75 toneladas de mineral de plomo, que estima en la cantidad de $ 22.500.00, pues afirma que la compañía demandada no llevó a su destino "es decir, no entregó en el tiempo convenido ni ha entregado hasta la fecha al destinatario las 75 toneladas de mineral de que se ha hablado anteriormente".

El recurrente ataca la sentencia en el primero de los cargos "por la omisión al parecer voluntaria del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de resolver el pedimento de la demanda relativo a la indemnización de perjuicios en virtud de la llegada tardía con demoras gravemente perjudiciales de la mercancía al consignatario", y agrega: "...que la demanda está concebida sobre el pago de la indemnización correspondiente en forma general, ya sea por la desaparición total de la mercadería o por su entrega tardía, o por el cambio de consignatario".

Sobre la omisión del Tribunal que pone de presente el recurrente, para deducir que por ella se dejaron de aplicar en la sentencia los artículos del Código de Comercio que cita la demanda de casación, se observa:

Es la demanda la base jurídica de todo litigio y constituye una de las piedras fundamentales del proceso. En la demanda se señala por el demandante qué es lo que debe ser materia de la sentencia del juez determinando claramente como lo manda el artículo 305 del Código Judicial, "lo que se demanda, expresando con claridad y precisión los hechos..."; de aquí que sea la demanda el acto más importante del actor, como es la sentencia el acto fundamental del juez, actos que deben estar en íntima relación, como que la demanda se encamina a obtener una sentencia, y ésta es la resolución que toma el juzgador sobre las peticiones de la demanda. De aquí que tenga tanta importancia el contenido de la demanda, porque únicamente sobre la acción que se ejercita puede versar la decisión del sentenciador. El artículo 205 citado, impone al demandante la obligación de expresar lo que se demanda y cuáles son los hechos que sirven de fundamento a la petición que se hace al juez. Los hechos debe indicarlos el actor de manera que se comprendan y que permitan al juez llegar a la conclusión que haya de adoptar en vista de lo alegado y probado por el demandante, y siempre que la petición esté también suficientemente determinada, en el sentido de que permita al juez saber cuál es la resolución judicial que se persigue por quien inicia el pleito. No es necesario que el actor señale en la demanda cuáles son las disposiciones legales que deben aplicarse por el juez, pues es sabido que corresponde al sentenciador la aplicación de la ley, y en este camino debe examinar si el derecho que se demanda está de acuerdo con los hechos demostrados en el juicio para proceder a aplicar la ley, así no hubiere el demandante citado ninguna disposición legal en apoyo de sus pretensiones o la hubiera citado equivocadamente.

Pero determinada claramente en la demanda cuál es la sentencia judicial que persigue el actor; es decir, cuál debe ser la materia sobre que haya de recaer el fallo, no puede el sentenciador salirse de ese ámbito que le marca el propio actor, para fallar en sentido diverso a las súplicas de la demanda.

"El primero de los elementos concurrentes a la integración de esa figura es la relación o coincidencia entre el hecho y la norma jurídica de donde resulta que cuando el actor está determinando, conforme al artículo 205 del C. J. 'los hechos u omisiones', apenas está planteando su posición personal para enfrentarla a un precepto regulador de aquélla y cuya operancia se busca

mediante la demanda judicial; es este el título de la acción llamada también causa petendi", ha dicho la Corte en sentencia de fecha 20 de abril de 1949 (G. J. LXV, página 684).

Tratando sobre el concepto y contenido de la demanda, el autor W. Kisch, en su obra "Derecho Procesal Civil", pág. 173, dice:

"...Si tiene que declararse la existencia de un derecho, hay que hacer reconocible en la petición, tanto el derecho como la clase de declaración que se pida (podría ser una negativa). El actor debe siempre procurar dejar bien claro la extensión de sus derechos antes de hacerlos valer judicialmente".

Y respecto a la facultad que tenga el juez para interpretar la demanda, se expresa así la Corte:

"La demanda que es la pieza esencial de todo proceso judicial, es un acto libre de quien pretende la protección jurisdiccional del estado, y como los jueces carecen en el ejercicio de su jurisdicción civil de toda iniciativa para la escogencia de las acciones o vías legales, abiertas a la elección de los interesados, es preciso darle a las demandas el sentido y alcance que inconfundiblemente se desprenda de sus términos". (GACETA JUDICIAL, Tomo LVII, pág. 620).

En sentencia de 3 de diciembre de 1945, G J. Tomo LIV, pág. 818, se lee:

"Ha dicho la Corte que una demanda es susceptible de interpretación siempre que al hacerlo no se varíen los factores esenciales del libelo, constituídos por las súplicas del actor y los hechos en que se apoya. Es el estudio del derecho impetrado dentro de las normas generales de una demanda y los principios legales, lo que debe guiar al juzgador, y por eso el sistema formulario y extremadamente rígico se halla descartado de todas las legislaciones. De otro modo el más simple error de detalle en una demanda prevalecería sobre un derecho demostrado en juicio".

"La facultad que tiene el sentenciador para interpretar la demanda, no puede moverse en campo ilimitado y arbitrario, y no procede sino en casos en que los términos en que aparezca concebida la demanda permitan esa labor exegética que de ningún modo puede llevarse hasta la desestimación de sus declaraciones categóricas. Se ha autorizado con este sentido y este alcance en casos, por ejemplo de equivocada denominación de la acción o de error en la cita de preceptos legales en que se diga fundarla cuando el derecho en realidad existe bajo otras denominaciones y siempre que las circunstancias de hecho y los llamados presupuestos procesales hayan quedado adecuadamente establecidos en la demanda, base de la litis y pauta de la sentencia". (Sentencia de 15 de julio de 1942, G. J. Tomo LIV, pág. 445).

Aplicando estos dictados de la jurisprudencia al caso en estudio, se tiene:

Afirma el Tribunal que la demanda de Eva Feldman no se enderezó "a obtener la indemnización de perjuicios por las demoras y gastos extraordinarios, que pudieron ocasionarse a la actora", sino que se afirmó en el libelo "que el cargamento no había llegado al consignatario Aegean Trading Co. y solicitado la consiguiente indemnización de su valor...".

Esta apreciación del Tribunal está absolutamente de acuerdo con los mismos términos literales de la demanda, con su contexto y con su espíritu, lo que aparece tanto en la parte expositiva como en la parte petitoria, y por lo tanto es intocable en casación, porque entra dentro de la libre apreciación del sentenciador y en dicha apreciación no se observa nada que pugne con la evidencia de los hechos, y además, el Tribunal, dados los términos en que está concebida la demanda, no podía entrar a interpretarla, porque esa pieza es tan clara que no admite interpretaciones.

Por lo tanto se rechaza el cargo.

"Motivo segundo de casación dentro de la causal primera.—"Infracción indirecta por error de derecho en la apreciación de una prueba y falta de apreciación de otra, lo cual conduce a la violación de los artículos 298, 306, 308, 313, 315, 330, ordial 2º del Código de Comercio".

En este cargo afirma el recurrente que el Tribunal dio por demostrado el hecho de que los 796 sacos de mineral de plomo fueron recibidos por Aegean Trading Co., porque la prueba que el sentenciador tuvo en cuenta para dar por demostrado ese hecho, no tiene valor legal, ya que se trata de "un certificado de desembarque para cancelación de bonos dado en un país extranjero" y en cambio desestimó las pruebas que demuestran "que el embarque fue entregado por (sic) la American Smelting & Rifining Co., o sea una entidad distinta de la consignataria".

Para afirmar que no vale la prueba del certificado de desembarque, dice el recurrente que el artículo 315 del Código de Comercio "indica una sola prueba, exclusiva, para demostrar la entrega de la mercadería al consignatario. Esta prueba

no puede ser otra sino el recibo expedido por el consignatario".

El artículo 313 del Código de Comercio dice que en el canje del original de la carta de porte con el duplicado, prueba la recepción de las mercaderías y el pago de porte y gastos; y el artículo 315 de la misma obra estatuye que el consignatario está obligado a otorgar al porteador el recibo de las mercaderías que le entregare, toda vez que, por no haberse extendido carta de porte, o por haberse extraviado, no pueda realizarse el canje de que habla el artículo 313 del Código de Comercio. Estas disposiciones indican que existen varios medios para probar la entrega de las mercaderías: o bien el canje de la carta de porte, o el recibo que está obligado a expedir el consignatario de las mercaderías que se le entreguen. Pero estas dos maneras de probar el recibo de las mercancías por el consignatario, no excluyen que éste pueda probarse por otros medios. Sería absurdo pretender que si el consignatario no hace el canje de la carta de porte, por cualquier motivo, o si no otorga el recibo, pueda decirse que el porteador esté en la imposibilidad de probar la entrega de las mercancías por otros medios que acrediten suficientemente el hecho del recibo de ellas por el consignatario.

En el presente caso el Tribunal hace un examen detenido de todos los documentos que considera como pruebas de que el cargamento de 896 sacos de mineral de plomo entraban a los almacenes de depósito bajo la indicación Lote Selby número 3103 a la orden de la firma Aegean Trading Co.

"Los agentes de aduana intermediarios fueron P. W. Bellingall, como la acredita un sello al dorso de aquel documento; y en ese examen de pruebas analiza no sólo el certificado oficial del Recaudador de Aduanas de San Francisco, que el recurrente dice que no vale como prueba, sino el certificado de la Prefectura de Control de Cambiso expedido en Bogotá en el mes de enero en el cual 'esa oficina dice haber cancelado las garantías consignadas por la exportadora (Eva Feldman) y correspondientes a las licencias de exportación de varios lotes de minerales. El primero de ellos amparado con la licencia 248 de 5 de julio de 1949 por valor de $ 1.700.00 moneda legal que corresponde al embarque de 6 de julio en el 'Santa Juana'...", así como cartas de Grace Line Inc. a Grace & Co. (Colombia) S. A.; las de American Smelting & Rifining Co. a Grace Line Inc.; las copias de los certificados de los Almacenes de Depósito de la Aduana de San Francisco, en los cuales "figura como importadora la firma American Smelting & Rifining Co. Esto prueba que el cargamento llegó a San Francisco y que fue recibido por la casa Aegean como consignataria. Esta a su vez, se entendió con la otra firma nombrada para entregarle los minerales. En los almacenes de depósito de la aduana figura la American Smelting & Rifining Co. como importadora, lo cual no es contradictorio con la calidad de consignataria con que aparece la Aegean y tiende a confirmar que negoció con ella el cargamento, como lo afirma en carta a la Grace Inc.... Las cartas del Gerente de la casa Aegean, antes examinadas, anunciaban ya que iba a entenderse con dicha casa fundidora para librar el cargamento. El lugar de origen y fecha de la factura consular: Bogotá, 30 de agosto, indican, al relacionarlos con la correspondencia cruzada entre el representante de la casa Aegean, señor Cavalliotis, y la señorita Feldman, que ésta obtuvo, aunque con retardo, en la citada fecha y en Bogotá, el documento consular que aquél le demandaba con urgencia y que constituía, como es obvio, un título de propiedad a favor de la persona a quien fuera destinado".

No sólo examina el Tribunal estas pruebas, sino que entra a considerar las varias cartas de la American Smelting & Rifining Co. para Grace Inc., y cita especialmente la de fecha 29 de febrero, en la que dice:

"La Aegean Trading Co. hizo con nosotros contrato para vendernos ese cargamento y nosotros le rendimos cuentas al respecto el 2 de noviembre de 1949" (fl. 12, cuad. 6º).

De todo ese conjunto de pruebas deduce el Tribunal que los 896 sacos de mineral de plomo fueron recibidos por la Aegean Trading Co. y en la apreciación de esas pruebas el Tribunal es soberano, y no se observa ningún error evidente en su apreciación.

El recurrente al atacar la sentencia por infracción indirecta por falta de apreciación de una prueba, se refiere a las cartas de Grace Line Inc. a Grace & Compañía (Colombia) S. A., y dice: "De conformidad con esta prueba que sí tiene valor legal, acontece que la mercadería fue entregada a un consignatario distinto de la persona que indicó como tal la señorita Eva Feldman". Pero se abstiene de citar la disposición legal que le otorgue el carácter de prueba a las cartas dichas. Es decir, acusa la sentencia por error de derecho por haber rechazado una prueba, pero no

ndica cuál es la disposición legal sobre pruebas violadas por el Tribunal al desconocer la citada prueba como tal, lo cual es suficiente para rechazar el cargo sin entrar a estudiarlo en el fondo.

Es suficiente lo anterior para concluir que no prospera el cargo enunciado en el motivo segundo de la demanda de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario de Eva Feldman contra Grace & Compañía (Colombia) S. A., con fecha 22 de octubre de 1954.

Las costas del recurso son de cargo de la parte recurrente.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Manuel Barrera Parra—José Hernández Arbeláez—José J. Gómez R.—Julio Pardo Dávila—Ernesto Melendro L., Srio.

CONDICIONES DE LA ACCION REIVINDICATORIA. — SINGULARIDAD DE LA COSA REIVINDICADA. — DESLINDE Y REIVINDICACION. — LA PRUEBA DEL DOMINIO DEL INMUEBLE REIVINDICA DO ES LA ESCRITURA PUBLICA REGISTRADA

1.—En fallo pronunciado el 27 de abril de 1955 por la Sala Plena de Casación Civil (LXXX, 83 y 84), dijo esta corporación: "A) La acción de reivindicación, como es sabido, es la más acusada y vigorosa demostración de uno de los atributos del derecho real. Si éste es poder jurídico directo sobre las cosas, la PERSECUCION es apenas aplicación necesaria de ese poder. Por ello la reivindicación tiene que basarse, en primer lugar, en la existencia del derecho sobre la cosa que es objeto de la acción: no se podría dar el efecto sin la causa. — B) La persecución y por tanto, la reivindicación, no es del derecho sino de la cosa en que recae el derecho. Mas, para perseguirla, para reivindicarla, es menester no sólo tener el derecho, sino también que éste sea atacado en una forma única: poseyendo la cosa, y así es indispensable que, teniendo teniendo el actor el derecho, el demandado tenga la posesión de la cosa en que radica el derecho. Son dos situaciones extremas e inconciliables, de las cuales una ha de triunfar en el juicio de fondo. — C) La SINGULARIDAD de la cosa es una forma de circunscribir el campo de la acción reivindicatoria. La persecución distingue el derecho tanto sobre las cosas singulares, como sobre las cosas universales; de modo que una acción que trata de hacer efectivo el derecho real contra terceros, sobre cosa singular o universal, se encamina siempre a recuperar de manera directa la cosa sobre la cual recae el derecho, singular, en el primer caso, y universal en el segundo. Así, la acción de petición de herencia persigue la restitución abstracta de la universalidad y la recuperación concreta de los bienes que hacen parte de ella; pero al paso que la reivindicación obra directamente sobre la cosa singular, la de petición de herencia actúa directamente sobre la universalidad e indirectamente sobre las especies que le pertenecen. — D) La IDENTIDAD entre la cosa sobre la cual arraiga el derecho cuya titularidad demuestra el actor, y la cosa poseída por el demandado, es indispensable, porque en tratándose de hacer efectivo el derecho, ha de saberse con certeza cuál es el objeto sobre el cual incide. Si el bien poseído es otro, el derecho no ha sido violado, y el reo no está llamado a responder". Congruente con la doctrina expuesta, esta Sala en numerosos fallos ha dicho que la acción reivindicatoria está configurada por los siguientes factores: a) cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; b) derecho de dominio en el actor; c) posesión material en el reo; d) identificación de la cosa materia de la reivindicación, o sea, que lo que se reivindica por el demandante sea lo mismo que posee el demandado.

2.—Según los artículos 946 y 949, la acción reivindicatoria tiene por objeto una COSA SINGULAR o UNA CUOTA DETERMINADA DE UNA COSA SINGULAR. Cosa singular es cosa particular, determinada y cierta. La singularidad a que aluden tales artículos "no se circunscribe a considerar exclusivamente como tal a todo individuo de una especie determinada. Dentro de este concepto cabe también la pluralidad numérica pero con determinación específica y de ahí que hay universalidades de hecho, como un rebaño o una biblioteca, que pueden ser materia de reivindicación. Basta con que la cosa reivindicada sea distinta, determinada, para que pueda ser objeto de la acción de dominio, ya fuese singular o universal en su esencia misma. Lo importante es que reúna las condiciones anotadas y que venga a ser inconfundible, determinada y cierta, como se deja dicho". (Casación, julio 14 de 1938, XLVI, 649). De lo anterior se desprende que por falta de

singularidad no son objeto de reivindicación: a) las universalidades jurídicas, como el patrimonio o la herencia; b) las cosas que no estén debidamente individualizadas o determinadas. Un predio es jurídicamente una cosa singular, como especie o cuerpo cierto. Pero para que pueda ser objeto de reivindicación, hay que indicar con toda precisión su ubicación y linderos, de modo que quede debidamente determinado y no haya lugar a dudas o confusiones. En armonía con lo expuesto, según el artículo 222 del Código Judicial, aplicable a la reivindicación de inmueble, "si lo que se demanda es una cosa raíz, deben especificarse los linderos y las demás circunstancias que la den a conocer y la distingan de otras con que pueda confundirse".

3.—Cuando el dueño de un fundo es privado de la posesión material de una zona de terreno por un colindante que desconoce la línea divisoria que lo separa del predio vecino, aquél puede ejercitar la acción de deslinde enderezada a la fijación de la raya que separa las dos propiedades. Pero nada impide que el dueño acuda directamente a la acción reivindicatoria a efecto de que se le reconozca su derecho de propiedad sobre la zona limítrofe disputada y ésta le sea restituída con las prestaciones consiguientes, caso en el cual la acción tendrá un sentido declarativo y restitutorio a la vez. En este caso, el reivindicante deberá acreditar su derecho de dominio sobre la faja de terreno, objeto de las opuestas pretensiones de su vecino, demostrando que el contenido especial de sus títulos de propiedad absorbe la zona poseída por el vecino. "El juicio de deslinde —ha dicho la Corte— tiene por objeto la fijación de la raya que separa dos propiedades, pero esa acción no es indispensable como cuestión previa para que se pueda entablar y pueda prosperar un juicio de dominio, puesto que hay muchos medios probatorios para establecer la identidad de una finca que es base de la acción reivindicatoria". (Casación: agosto 21 de 1935, XLII, 377).

4.—El mero certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados sobre la tradición de la finca no constituye prueba suficiente de la propiedad. Tal documento sólo sirve para complementar en determinados casos los títulos controvertidos por las partes en la acción de dominio. A este respecto ha dicho la Corte: "Si la ley obliga al demandante a demostrar que es dueño de la cosa que quiere reivindicar, o sobre la cual solicita una declaración de propiedad, cuando la acción trata o versa sobre inmuebles ha de hacerlo presentando la prueba específica correspondiente, no otra que la escritura pública debidamente registrada —artículo 630 del C. J.— ya que con ella y sólo con ella, acredita que por ese medio legal —la tradición— radica en él la condición de dueño alegada en la demanda".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, seis (6) de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955).

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra)

I. — Antecedentes

1.— Ante el Juzgado 3º Civil del Circuito de Cali el Presbítero Diego de Jesús Zuloaga promovió demanda ordinaria de reivindicación contra Miguel Bolaños para la restitución de un lote de terreno de su propiedad, ocupado por el demandado y situado en la ciudad de Cali.

El actor sostiene que por virtud de transferencias sucesivas del dominio en un lapso mayor de treinta años, los cuales relaciona en su demanda, es propietario de un lote de terreno ubicado a inmediaciones del antiguo Matadero de la ciudad de Cali, en la calle once, entre carreras diecinueve y veinte, con cabida aproximada de cuatro mil ochocientos metros cuadrados, y comprendido dentro de los siguientes linderos: norte, callejón al medio, con terreno de Juan Bolaños; sur, terreno de Santiago Echeverri; oriente, terreno de herederos de Manuel Dolores Aragón, callejón al medio; occidente, terreno de herederos de Teodoro Quintana.

Afirma el demandante que de los 4.800 metros adquiridos sólo está en posesión material de un área equivalente a 2.807.59 metros, incluyendo en esta superficie los 448.59 metros que le fueron arrebatados por el municipio para la apertura de la calle 11. La superficie restante aproximada de 1.993 metros está ocupada arbitrariamente por el demandado, sin título de ninguna naturaleza.

El demandante hace referencia a la querella

policiva que a la sazón cursaba en la Alcaldía Municipal de Cali, instaurada por él mismo contra Bolaños por actos de perturbación de éste en el lote de su propiedad.

Concluye el actor manifestando que persigue reintegrar a su patrimonio el lote de terreno que injustamente ocupa Bolaños, cuya identidad se comprobará en el curso del proceso, pues tal inmueble hace parte del adquirido en mayor extensión por el demandante.

Y señala aquí el lote reivindicado:

Por el norte, con una línea recta que de oriente a occidente separa el lote ocupado por Miguel Bolaños del lote adquirido por el actor; por el sur, con predio de su propiedad; por el oriente, con terrenos ocupados por Avelino Núñez y herederos de Manuel Dolores Aragón, y por el occidente, con la calle 11 recientemente abierta.

2.—El demandado se opuso a las pretensiones del actor, negó los hechos en que se funda la acción incoada y propuso varias excepciones perentorias, entre éstas las de prescripción y petición de modo indebido.

Bolaños ha alegado hallarse en posesión del lote disputado, por ser éste parte integrante del predio adquirido en mayor extensión por su padre natural Juan de la Cruz Bolaños según compra a Paulina Borrero que consta en escritura número 329 del 11 de junio de 1908 de la Notaría del Circuito de Cali.

3.—En sentencia del 30 de octubre de 1953 el juez del conocimiento desató la litis en forma favorable a las súplicas del actor: declaró que éste es dueño del lote objeto de la controversia y ordenó su restitución por el demandado.

4.—Inconforme al parte demandada apeló ante el Tribunal Superior de Cali. Esta corporación en fallo del 5 de marzo de 1955 resolvió revocar la sentencia de primera instancia y absolver al demandado de los cargos de la demanda.

5.—Recurrió en casación la parte actora. El recurso ha sido tramitado conforme a la ley y sobre él debe decidir la Corte en esta oportunidad.

III.—Sentencia acusada

El Tribunal negó la acción incoada porque consideró que no se había precisado el lindero norte del lote reivindicado, sobre el cual existía vaguedad e incertidumbre, faltando así en sentir del sentenciador, "cosa singular reivindicable" al tenor del artículo 946 del Código Civil.

En resumen los fundamentos de la decisión impugnada son los siguientes:

1.—De la demanda se deduce que Bolaños ocupa un lote contiguo al del actor y la controversia se origina en la supuesta invasión del colindante Bolaños dentro de los terrenos del Pbro. Zuluaga. O sea, que Bolaños "desconociendo la línea imaginaria de separación entre ambos predios y de que hablan las inspecciones oculares con intervención de peritos practicadas durante el plenario", ha penetrado en parte que no le corresponde y la acción de dominio se ejercita para reducirlo a lo suyo.

2.—"Tanto en la demanda misma, como en las inspecciones oculares de la anterior referencia, a petición de la parte demandante, el lindero de identificación del lote reivindicado por la parte contigua al terreno ocupado por el demandado Bolaños, se limita a decir que es una línea recta de oriente a occidente. Esto no identifica nada, porque tratándose de suelos, su localización en el punto de partida y su situación en el punto de llegada, no determina absolutamente nada, pues topográficamente es posible trazar millones de líneas rectas, de un punto a otro, vagamente nombrados tales puntos, a menos que se especifique cuál sea el punto o mejor cuáles son los dos extremos. Si la línea recta es la más corta entre dos puntos, no se le puede determinar, sino determinando indispensablemente los dos puntos de que antes se trata. Y cuando no se encuentra por no ser identificado el predio determinado en la demanda, no es posible deducir que haya predio singularizado que pueda ser reivindicable".

3.—"De otra parte, en el estudio del problema se advierte que en la diligencia de inspección ocular verificada en el término de prueba de la primera instancia se le asigna al lote del actor, Pbro. Zuluaga, una superficie de 3.137 metros cuadrados, no obstante que en la demanda solamente se habla de 1.993 metros cuadrados al relatar el hecho m) del libelo y así lo reitera en el alegato de conclusión el doctor Camilo García Sanclemente como representante de la parte actora, cuando dice que 'se trata de reivindicar un lote de terreno de propiedad del Pbro. Zuluaga de 1.993 metros cuadrados que le fue arrebatado en forma violenta por el demandado Bolaños desde el día 20 de agosto de 1951' ".

4.—"Pero si es claro que por ahora el Pbro. Zuluaga y el señor Bolaños en la posesión notoria y ostensible de que gozan actualmente, son colindantes, lo necesario y conveniente es fijar

el lindero que realmente deba separarlos. De ahí surge una deducción de innegable prematuridad en la acción de dominio, porque no hay un predio cuya identificación como cosa singular esté pendiente de una alinderación adecuada con otro contiguo o vecino. Y mientras por ese lado el lote del demandante no esté fijado claramente, esa imprecisión actual afecta la acción empeñada, por cuanto que la cosa singular reivindicada no aparece ni puede aparecer claramente alinderada. Sobre este particular ha dicho la Corte, que no es posible la reivindicación de un predio que no puede identificarse completamente por la incertidumbre de un lindero. La misma alta entidad judicial nombrada, ha dicho como norma, que cuando se trata de reivindicar una zona colocada entre dos predios, zona que el detentador ha agregado a su predio cercenándole eso al otro predio, debe intentarse previamente a la reivindicación o de dominio, la acción de deslinde consagrada en los artículos 862 y siguientes del C. Judicial".

5.—Y remata así el fallo:

"Lo anterior es aceptable como norma judicial en el caso de que se trata, porque en realidad, del juicio mismo y de las aseveraciones del demandante, aparece claramente establecido que la cosa singular exigida así por el artículo 946 del C. Civil, no existe y que la vaguedad de la situación configura la procedencia de una previa acción especial diferente, para llegar después si fuere el caso, a la propia acción reivindicatoria.

"Debe absolverse pues al demandado Bolaños por no haberse probado la acción reivindicatoria ejercitada, ya que falta la característica esencial en esa clase de acciones, cual es la cosa singular por indeterminación de uno de los linderos, y debe concluírse que no probada la acción, no son procedentes las excepciones propuestas con respecto a la misma acción".

III. — Demanda de casación

El recurrente aduce la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, y con fundamento en ella presenta tres cargos contra el fallo impugnado:

1º—Errores manifiestos de hecho en la apreciación de las pruebas sobre singularidad del predio materia de la reivindicación, a consecuencia de los cuales se violaron los artículos 900, 946, 949, 952 y 964 del Código Civil;

2º—Error manifiesto de hecho en la apreciación del acta de inspección ocular practicada en la primera instancia, a consecuencia del cual aplicó indebidamente los artículos 946, 949, 950, 952 y 964 del Código Civil:

3º—Violación directa de los artículos 900 y 946 del Código Civil.

IV. — Examen de los cargos

En concepto del recurrente por "deficiente apreciación de los elementos probatorios" que analiza, "incurrió el sentenciador de segundo grado en el error manifiesto de creer que no se halla establecida en autos la **singularidad** del predio materia de la reivindicación por no estar determinado el lindero norte del mismo, equivocación que lo condujo a pensar en la procedencia de una previa acción de deslinde entre el predio del demandante y el ocupado por el demandado y a absolver a éste de los cargos de la demanda, es decir a abstenerse de aplicar las disposiciones legales sobre reivindicación".

Al sustentar el recurrente el primer cargo afirma que los elementos allegados al proceso demuestran en forma evidente la singularización de la cosa reivindicada. Por cosa singular se entiende, afirma "la que es distinta de las demás, la que es inconfundible con otras". Y agrega:

"Por manera que si el lote de terreno que don Miguel Bolaños le arrebató al señor Presbítero Zuluaga no se identifica, no se confunde con el predio que de tiempo atrás poseían el mismo don Miguel y sus parientes por concepto de una supuesta herencia en los bienes de Juan de la Cruz Bolaños, es porque sí existe **cosa singular** reivindicable en la acción intentada".

Como errores manifiestos de hecho el recurrente enuncia entre otros los siguientes:

A.—El Tribunal dejó de apreciar la copia de una sentencia dictada por la Alcaldía Municipal de Cali en la querella de policía instaurada por el Pbro. Zuluaga en la zona de terreno que le había arrebatado y que es materia del presente juicio. Dicho fallo policivo hace referencia a la inspección ocular practicada por la Alcaldía, según la cual el lindero norte del lote disputado es un terreno de Juan Bolaños, **"al medio con un zanjón de aguas negras"**, lo cual determina de manera inequívoca el lote de terreno reivindicado en su costado norte;

B.—El Tribunal no tuvo en cuenta la prueba que resulta de la copia de la resolución pronunciada por la Gobernación del Valle en la quere-

lla policiva atrás referida, conforme a la cual en dicho juicio se comprobó con los testimonios de Joaquín Cifuentes Hernández, Luis Eduardo Pérez Echeverri y Carlos Arturo Cifuentes, "que el callejón estrecho que separaba el lote del Presbítero del lote de Juan Bolaños fue reemplazado luégo por el zanjón de aguas negras que hoy existe". "Este elemento de convicción no fue apreciado por el sentenciador y de ahí su afirmación de que no estaba determinado el lado norte del predio que se reivindica".

Concluye la sustentación del primer cargo así: "La demanda habla de línea recta como separación entre el lote materia de la reivindicación y el que se dice de Juan Bolaños; y mirando los planos y croquis de folio 8 del cuaderno 3º (presentado por el perito que designó el demandado), 18 y 19 del cuaderno 6 se observa que efectivamente el eje del zanjón de aguas negras que la Resolución de la Gobernación del Valle estableció como límite de los dos predios, constituye una línea recta, una separación inconfundible".

Se considera:

1.—En fallo pronunciado el 27 de abril de 1955 por la Sala Plena de Casación Civil (LXXX, 83 y 84) dijo esta corporación:

"A) La acción de reivindicación, como es sabido, es la más acusada y vigorosa demostración de uno de los atributos del derecho real. Si éste es poder jurídico directo sobre las cosas, la **persecución** es apenas aplicación necesaria de ese poder. Por ello la reivindicación tiene que basarse, en primer lugar, en la existencia del derecho sobre la cosa que es objeto de la acción: no se podría dar el efecto sin la causa.

"B) La persecución y por tanto, la reivindicación, no es del derecho sino de la cosa en que recae el derecho. Mas, para perseguirla, para reivindicarla, es menester no sólo tener el derecho, sino también que éste sea atacado en una forma única: poseyendo la cosa, y así es indispensable que, teniendo el actor el derecho, el demandado tenga la posesión de la cosa en que radica el derecho. Son dos situaciones extremas e inconciliables, de las cuales una ha de triunfar en el juicio de fondo.

"C) La **singularidad** de la cosa es una forma de circunscribir el campo de la acción reivindicatoria. La persecución distingue el derecho tanto sobre las cosas singulares, como sobre las cosas universales; de modo que una acción que trata de hacer efectivo el derecho real contra terceros, sobre cosa singular o universal, se encamina siempre a recuperar de manera directa la cosa sobre la cual recae el derecho, singular, en el primer caso, y universal en el segundo. Así, la acción de petición de herencia persigue la restitución abstracta de la universalidad y la recuperación concreta de los bienes que hacen parte de ella; pero al paso que la reivindicación obra directamente sobre la cosa singular, la de petición de herencia actúa directamente sobre la universalidad e indirectamente sobre las especies que le pertenecen.

"D) La **identidad** entre la cosa sobre la cual arraiga el derecho cuya titularidad demuestra el actor, y la cosa poseída por el demandado, es indispensable, porque en tratándose de hacer efectivo el derecho, ha de saberse con certeza cuál es el objeto sobre el cual incide. Si el bien poseído es otro, el derecho no ha sido violado, y el reo no está llamado a responder".

2.—Congruente con la doctrina expuesta, esta Sala en numerosos fallos ha dicho que la acción reivindicatoria está configurada por los siguientes factores: a) cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; b) derecho de dominio en el actor; c) posesión material en el reo; d) identificación de la cosa materia de la reivindicación, o sea, que lo que se reivindica por el demandante sea lo mismo que posee el demandado.

3.—Según los artículos 946 y 949, la acción reivindicatoria tiene por objeto una **cosa singular** o **una cuota determinada de una cosa singular**.

Cosa singular es cosa particular, determinada y cierta. La singularidad a que aluden tales artículos "no se circunscribe a considerar exclusivamente como tal a todo individuo de una especie determinada. Dentro de este concepto cabe también la pluralidad numérica pero con determinación específica y de ahí que hay universalidades de hecho, como un rebaño o una biblioteca, que pueden ser materia de reivindicación. Basta con que la cosa reivindicada sea distinta, determinada, para que pueda ser objeto de la acción de dominio, ya fuese singular o universal en su esencia misma. Lo importante es que reúna las condiciones anotadas y que venga a ser inconfundible, determinada y cierta, como se deja dicho". (Casación, julio 14 de 1938, XLVI, 649).

De lo anterior se desprende que por falta de singularidad no son objeto de reivindicación: a) las universalidades jurídicas, como el patrimonio

o la herencia; b) las cosas que no estén debidamente individualizadas o determinadas.

Un predio es jurídicamente una cosa singular, como especie o cuerpo cierto. Pero para que pueda ser objeto de reivindicación, hay que indicar con toda precisión su ubicación y linderos, de modo que quede debidamente determinado y no haya lugar a dudas o confusiones.

En armonía con lo expuesto, según el artículo 222 del Código Judicial, aplicable a la reivindicación de inmuebles, "si lo que se demanda es una cosa raíz, deben especificarse los linderos y las demás circunstancias que la den a conocer y la distingan de otras con que pueda confundirse".

4.—Cuando el dueño de un fundo es privado de la posesión material de una zona de terreno por un colindante que desconoce la línea divisoria que lo separa del predio vecino, aquél puede ejercitar la acción de deslinde enderezada a la fijación de la raya que separa las dos propiedades. Pero nada impide que el dueño acuda directamente a la acción reivindicatoria a efecto de que se le reconozca su derecho de propiedad sobre la zona limítrofe disputada y ésta le sea restituída con las prestaciones consiguientes, caso en el cual la acción tendrá un sentido declarativo y restitutorio a la vez. En este caso, el reivindicante deberá acreditar su derecho de dominio sobre la faja de terreno, objeto de las opuestas pretensiones de su vecino, demostrando que el contenido espacial de sus títulos de propiedad absorbe la zona poseída por el vecino.

"El juicio de deslinde —ha dicho la Corte— tiene por objeto la fijación de la raya que separa dos propiedades, pero esa acción no es indispensable como cuestión previa para que se pueda entablar y pueda prosperar un juicio de dominio, puesto que hay muchos medios probatorios para establecer la identidad de una finca que es base de la acción reivindicatoria". (Casación, agosto 21 de 1935, XLI, 377).

5.—En el caso **sub judice** claramente aparece planteada la controversia de dominio sobre los siguientes extremos:

El Presbítero Diego de Jesús Zuluaga reivindica una zona de terreno que en concepto del actor hace parte de un fundo de mayor extensión que en su lindero norte colinda, **callejón al medio**, con terrenos de Juan Bolaños. El lote reivindicado está poseído por Miguel Bolaños y aparece señalado en la demanda de la siguiente manera:

"Por el norte, con una línea recta que de oriente a occidente separa el lote ocupado por Miguel Bolaños del lote adquirido por el actor; por el sur, con predio de su propiedad; por el oriente, con terrenos ocupados por Avelino Núñez y herederos de Manuel Dolores Aragón, y por el occidente, con la calle 11 recientemente abierta".

Con anterioridad al juicio reivindicatorio —se afirma en la demanda— había cursado una querella policiva sobre perturbación posesoria, entablada por el Presbítero Zuluaga contra Miguel Bolaños en relación con el mismo lote que es objeto de la reivindicación.

El demandado, aun cuando negó la totalidad de los hechos, al contestar la demanda, presentó en su favor la excepción de prescripción, y en el curso del juicio ha alegado que el lote reivindicado hace parte del globo de una plaza que su padre natural Juan de la Cruz Bolaños había comprado en el proindiviso de "Pasoancho" por escritura número 329 del 11 de junio de 1908 de la Notaría del Circuito de Cali. Este inmueble fue adjudicado al demandado en el correspondiente juicio de usucapión seguido en el Juzgado 1º Civil del Circuito Civil de Cali por sentencia del 15 de abril de 1952 que declaró la propiedad por prescripción extraordinaria a favor de Miguel Bolaños.

El Tribunal en el fallo recurrido consideró que en el curso del juicio no se había determinado precisamente el lindero norte del lote reivindicado, lindero que fue señalado en el libelo de demanda como una línea recta de oriente a occidente que separa el lote adquirido por el Presbítero Zuluaga del terreno ocupado por Miguel Bolaños.

Por lo anterior, el Tribunal consideró que la cosa reivindicada no se hallaba debidamente particularizada por indeterminación de uno de sus linderos y negó la acción **reivindicatoria por carencia de cosa singular**, requisito necesario exigido para la prosperidad de la acción según el artículo 946 del Código Civil. Para el sentenciador, la indeterminación del lindero norte del inmueble objeto de la reivindicación, impone la fijación previa de esa línea divisoria mediante el correspondiente juicio de deslinde.

Por esta última consideración del Tribunal, al parecer incurre en confusión de conceptos sobre los extremos de la litis, refundiendo en uno solo dos de los factores de la acción reivindicatoria incoada, a saber, la singularización de la cosa reivindicada y la prosperidad de ésta en cabeza del demandante. Pues, según atrás se expuso, en

casos como el presente, para la prosperidad de la reivindicación corresponde al actor demostrar que la zona litigiosa poseída por su colindante en razón de las opuestas pretensiones respecto de la línea divisoria de los predios limítrofes, se halla comprendida en el ámbito territorial de su propiedad. Y esta circunstancia es atinente al derecho de dominio que el actor pretende sobre la zona litigiosa y no a la singularidad de la cosa reivindicada.

La zona de terreno puede aparecer debidamente individualizada y determinada en el libelo de demanda y en las pruebas del juicio, pero sin que el reivindicante acredite que ella está comprendida dentro del ámbito territorial de su propiedad, la acción reivindicatoria no prosperará: hay cosa singular reivindicable, pero no se habrá comprobado el dominio del actor sobre ella.

Tiene razón el recurrente cuando afirma que el sentenciador incurrió en errónea apreciación de las pruebas al considerar que el lote reivindicado no se hallaba debidamente singularizado por la indeterminación de su lindero norte.

Es verdad que en la parte petitoria del libelo al especificar el lote reivindicado apenas se señala como lindero norte "una línea recta què de oriente a occidente separa el lote ocupado por Miguel Bolaños del lote adquirido por el actor". Pero como en el mismo libelo se afirma que el lindero norte del predio total adquirido por el actor es un callejón que lo separa del terreno de Juan Bolaños, y que el lote reivindicado es el mismo que fue objeto de la querella policiva sobre amparo posesorio adelantada por el Pbro. Zuluaga contra Miguel Bolaños, en la cual aparece que el lindero de dicho lote es un antiguo callejón sustituído actualmente por un zanjón de aguas negras, es indudable que la singularización del predio cuyo dominio pretende el actor se halla perfectamente establecida en los autos.

El sentenciador dejó de apreciar la copia de las resoluciones dictadas por la Alcaldía Municipal de Cali y la Gobernación del Valle, copia que obra en el expediente (cuad. número 5, fs. 6 v., 10; cuad. número 8, fs. 9, 16 v.), de la cual aparece en forma evidente que el lote disputado entre el Pbro. Zuluaga y el demandado Bolaños tiene por lindero norte un zanjón de aguas negras en donde antiguamente existía un callejón medianero que separaba los predios de Juan Bolaños y el Pbro. Zuluaga.

Reza así la resolución dictada por la Alcaldía de Cali el 11 de febrero de 1952:

"Estudiados los distintos elementos que inte gran esta querella, lo primero que se advierte e que el inmueble o lote de terreno objeto de l presente querella no aparece identificado en for ma suficiente. En efecto, en el libelo de demand que originó esta querella, el señor Upegui Vélez Jesús María Ramírez Hoyos, Carlos Enrique García Cardona y Marco Tulio Pérez Echeverri, que presentó con dicho libelo (sic), que el inmueble sobre el cual se están realizando los actos de perturbación de posesión de que sindica a los querellados, colinda por el lado norte 'callejón al medio, con terrenos de Juan Bolaños o de quien sus intereses represente'. Pero resulta que, de conformidad con lo establecido en la inspección ocular practicada el día cinco (5) de octubre del pasado año, lo que se interpone por ese lado norte, entre el lote a que alude la parte actora en su demanda y los terrenos de Juan Bolaños, no es tal callejón, sino 'un zanjón por donde corren aguas negras'. De lo anterior se desprende que al no haberse identificado el callejón que se señala como límite norte del lote de terreno a que se refiere la parte actora en su demanda, no es posible saber a ciencia cierta, por carencia de pruebas a este respecto en el presente proceso, hasta dónde llega, por ese lindero, tal lote de terreno sobre el cual dice la parte querellante estar ejerciendo posesión material. Por otra parte, lo que sí se estableció en la inspección ocular de que se viene tratando, fue que dentro del lote de terreno pretendido por el querellante, pero no identificado por dicho lindero norte, 'existe un lote o zona de terreno de una cabida de una plaza más o menos, el cual ha sido encerrado, por sus costados sur y occidental, con cercas de alambre de púas, de cuatro hilos, sobre postea- dura de palo', cercas éstas que se evidenció eran de reciente construcción. Este lote o zona de terreno, según lo reza esa inspección ocular, está alinderado así: 'Norte, con propiedad o terrenos de Juan Bolaños, al medio con un zanjón de aguas negras; oriente, con terrenos de los herederos de Manuel Dolores Aragón; sur, con zona de terreno del querellante que hace parte del lote general identificado al comienzo de esta diligencia; y occidente, con otra zona de terreno del mismo querellante que hace parte integrante del lote general identificado anteriormente, zona de terreno que da frente a la calle once (11) del barrio Bretaña' ".

Y en la resolución de la Gobernación del Valle, pronunciada el 21 de agosto de 1952, por la

cual se reconoció a favor del Pbro. Zuluaga el amparo administrativo, se dice:

"El vacío que creyó hallarse en la identificación por causa de la variación en el lindero Norte del lote visitado por el inferior, se aclaró en la inspección ocular practicada por esta superioridad a petición del apoderado del actor, con el testimonio unánime de personas muy antiguas conocedoras del lote y su historia, quienes afirmaron 'que por el lindero Sur del predio de Miguel Bolaños y que corresponde al Norte del querellante, existía un callejón estrecho que fue reemplazado por el zanjón que hoy se encuentra allí' ".

Por no haber apreciado esta prueba de la cual aparece en forma manifiesta, determinado y preciso el lindero norte del predio cuyo dominio controvierte el actor al demandado Miguel Bolaños, el Tribunal negó la acción reivindicatoria considerando que no existía cosa singular debido a la indeterminación de dicho lindero en la demanda y en los autos.

Como consecuencia de tal error violó de manera indirecta la norma sustantiva del artículo 946 del Código Civil, que aplicó indebidamente al caso **sub judice.**

Por este aspecto se halla fundada la acusación y no hay por qué considerar los otros motivos aducidos (C. J., artículo 538).

6.—Siendo el cargo examinado suficiente para desvirtuar el fundamento del fallo recurrido, éste debería ser casado para dictarse por la Sala la correspondiente sentencia de instancia.

Pero como se observa que en fuerza de otras consideraciones, la acción reivindicatoria no puede prosperar, según se demostrará en seguida, la Sala se abstiene de infirmar la decisión absolutoria del Tribunal, porque a ella llega la Corte por razones distintas.

Al examinarse las pruebas allegadas al proceso, no se encuentra la comprobación legal del dominio del actor sobre el predio reivindicado, presupuesto fundamental de la acción reivindicatoria, como atrás se expuso.

En efecto:

A la demanda se acompañaron sólo estos documentos: a) copia registrada de la escritura número 291 de 10 de abril de 1940 otorgada en la Notaría Tercera del Circuito de Cali (fs. 1, 2, cuad. número 1º); b) certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Cali (fs. 3, 4, cuad. número 1º).

En el certificado aludido se dice que por escritura número 112 de 28 de mayo de 1944, debidamente registrada, Rosario Zuluaga vendió al Pbro. Diego de Jesús Zuluaga el lote de terreno a que se refiere la demanda, y que el registro de dicho título no ha sido cancelado por ninguno de los medios que indica el artículo 789 del Código Civil.

La escritura número 291 de 10 de abril de 1940 de la Notaría Tercera del Circuito de Cali, se refiere a la venta que Jesús María Ramírez H. hizo a favor del Pbro. Diego de Jesús Zuluaga, del derecho de retroventa que Emilio Zuluaga G. se había reservado al vender a María Antonia Núñez Castillo aquel terreno por escritura número 919 de 25 de mayo de 1939 de la Notaría Segunda de Cali, derecho enajenado por Zuluaga a Ramírez según escritura número 50 de 18 de enero de 1940.

Como bien se comprende, esta escritura sólo demuestra la cesión a favor del Pbro. Zuluaga de un derecho de retroventa en relación con el inmueble objeto de la litis. Y esa cesión es apenas capítulo intrascendente en la historia de la propiedad que relata el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Cali.

El apoderado primitivo del actor, al mencionar en la demanda el acompañamiento de la escritura y certificado aludidos, manifestó lo siguiente: "...me reservo para presentar en otra oportunidad, los otros documentos con los cuales acreditaré plenamente el derecho de mi poderdante". (F. 8 v., cuad. número 1º).

En el curso del juicio no fue aducida ninguna otra prueba atinente al derecho de propiedad del demandante sobre el predio reivindicado. En las solicitudes de prueba del apoderado del actor ni siquiera aparece petición alguna respecto de escrituras o títulos de dominio en relación con el inmueble objeto de la controversia.

Y el apoderado del actor, con desconocimiento del negocio que se le había confiado, incurre en el flagrante error de afirmar en sus alegatos de conclusión ante el Juzgado y el Tribunal que el Pbro. Zuluaga había adquirido el inmueble de que forma parte el lote discutido, por medio de la escritura cuya copia se acompañó a la demanda (f. 37, cuad. número 1º; f. 9 v. cuad. número 5º).

Y en el mismo error incurrió el juez a quo cuando expresa que al libelo de demanda se acompañó copia de la escritura "en virtud de la cual el presbítero Zuluaga compró un lote de te-

rreno al señor Jesús María Ramírez H., lote que es el mismo a que contrae la demanda de reivindicación". (F. 45, cuad. número 1º).

Como es obvio, el mero certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados sobre la tradición de la finca no constituye prueba suficiente de la propiedad. Tal documento sólo sirve para complementar en determinados casos los títulos controvertidos por las partes en la acción de dominio.

A este respecto ha dicho la Corte:

"Si la ley obliga al demandante a demostrar que es dueño de la cosa que quiere reivindicar, o sobre la cual solicita una declaración de propiedad, cuando la acción trata o versa sobre inmuebles ha de hacerlo presentando la prueba específica correspondiente, no otra que la escritura pública debidamente registrada —artículo 630 del C. J.— ya que con ella y sólo con ella, acredita que por ese medio legal —la tradición— radica en él la condición de dueño alegada en la demanda. Una cosa es el título mismo, y otra la suficiencia de él; y como es precisamente en una acción de propiedad donde se controvierten o discuten los títulos que aduzcan las partes, lo que se hace en debate amplio, al demandante le basta afirmar y demostrar su condición de dueño presentando el título, y el demandado, si tiene otro antelado o posterior de mejores condiciones, proceder a oponérselo al primero; en este caso, sólo entonces, y si el demandante quiere demostrar que su título es legalmente el más atendible, puede acreditar su suficiencia para mayor abundamiento y convicción. Al reivindicante le basta demostrar que es dueño de la cosa, y esa demostración se hace con la presentación de su título debidamente registrado, y nada más. E ninguna parte ha dicho la ley que para reivin dicar u obtener una declaración de propiedad, e necesario presentar título acreditado como sufi ciente". (Casación, 12 de diciembre de 1940. G J. número 1966, pág. 730).

Por lo anterior se concluye que en el juicio n se acreditó el dominio del reivindicante sobre e predio disputado, y en consecuencia el fallo d instancia que dictara la Corte tendría que absolver al demandado de los cargos de la demanda como lo hizo el Tribunal Superior de Cali con base en consideraciones que la Sala ha rectificado con fines jurisprudenciales.

V. — Resolución

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE:

NO SE CASA la sentencia del Tribunal Superior de Cali, de fecha 5 de marzo de 1955, dictada en el presente juicio.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Manuel Barrera Parra — José Hernández Arbeláez — José J. Gómez R. — Julio Pardo Dávila. — Ernesto Melendro Lugo, Srio.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION DE LA ACCION RESOLUTORIA DE UN CONTRATO

1. — De conformidad con el artículo 341 del Código Judicial, la excepción perentoria de prescripción puede proponerse en cualquiera de las instancias del juicio hasta la citación para sentencia, de tal manera que, en la segunda instancia, puede cambiar, por este aspecto, la situación procesal contemplada en el fallo de primer grado. De aquí se infiere que, no alegada la prescripción en la primera instancia, el fallo que en ésta se dicte, renociéndola, es ilegal; no así el de segunda instancia que lo confirme, si en ésta aparece propuesta la referida excepción.

2. — Proponer una excepción es simplemente expresar el hecho o hechos que la constituyen sin que para el efecto se requieran fórmulas sacramentales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, diciembre nueve de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá dictada en el juicio de Mercedes Jiménez V. de Jiménez, Carmen Jiménez; Inés Jiménez de Calderón y Jorge Jiménez, éstos en representación de la sucesión de Benjamín Jiménez y Luis Enrique Galindo contra Mercedes y Leonor Valencia o Hurtado, sobre resolución de un contrato de compraventa

Antecedentes

Por medio de escritura número 2719 otorgada ante el Notario Segundo del Circuito de Bogotá, de fecha 17 de septiembre de 1930, Domitila V. de Jiménez vendió a las menores Mercedes y Leonor Hurtado o Valencia —representadas por su madre natural señora Virginia Hurtado— una casa situada en la calle 31 de esta ciudad y distinguida actualmente con los números 6-81 y 6-83, por el valor de tres mil pesos ($ 3.000.00).

Las compradoras, por medio de su representante legal, pagaron la suma de $ 2.850.00 por cuenta del precio, quedando a deber $ 150.00, pagaderos dentro del término de un año contado a partir de la fecha de la escritura, más los intereses de esta suma a razón del 1% mensual. Para garantizar el pago se hipotecó la casa materia de la compraventa en favor de la vendedora. El crédito no fue cancelado en el plazo estipulado.

Muerta Domitila V. de Jiménez, se adjudicó el crédito a sus herederos: Mercedes, Carmen y Benjamín Jiménez en una sexta parte a cada uno y el 50 % del total al doctor Luis Enrique Galindo por cesión hecha por aquéllos en favor de éste.

La demanda.—Mercedes Jiménez V. de Jiménez, Carmen Jiménez; Inés Jiménez de Calderón y Jorge Jiménez, en representación de la sucesión de Benjamín Jiménez y Luis Enrique Galindo, en demanda presentada al Juzgado 3º civil del circuito de Bogotá el 18 de septiembre de 1951, contra Mercedes y Leonor Valencia o Hurtado, piden que se declare: a) resuelto el contrato de compraventa celebrado mediante la escritura pública número 2719 de la Notaría Segunda del Circuito de Bogotá, de fecha indicada; b) que se ordene la cancelación de la mencionada escritura y del registro correspondiente; c) que se disponga que el inmueble debe ser restituído por las demandadas a la sucesión de Domitila V. de Jiménez, más los frutos naturales y civiles percibidos por las compradoras desde la fecha del registro de la escritura; d) que se decreten las prestaciones mutuas a que hubiere lugar, y e) que se condene en costas a las demandadas.

Contestó la demanda el curador **ad litem** nombrado a las demandadas, quien se opuso a las peticiones de la demanda.

Dentro del término correspondiente para alegar de conclusión, las demandadas por medio de apoderado, propusieron las siguientes excepciones perentorias:

a) Inexistencia de la obligación, por cuanto Virginia Hurtado —madre de las compradoras— fue quien se obligó personalmente al pago del crédito;

b) Inexistencia de la condición resolutoria, por cuanto el precio se pagó en efectivo, siendo así que el crédito se convirtió en una obligación personal a cargo de Virginia Hurtado con garantía hipotecaria;

c) Carencia de acción, ya que como se trata de una obligación personal no es pertinente el ejercicio de la acción resolutoria;

d) Nulidad de la hipoteca: 1º porque —en cuanto garantía de un crédito personal— se constituyó sobre un inmueble de distinto dueño y sin el consentimiento de éste; 2º porque, en caso de haberse constituído para garantizar una obligación de las menores compradoras, no se observaron las formalidades legales para tal efecto.

El juez de primera instancia, en providencia de 30 de octubre de 1953 estimó que "la acción de cobro (ejecutiva y ordinaria) prescribió para los demandantes el día 17 de septiembre de 1951" y que, por consiguiente, la acción resolutoria del contrato de compraventa estaba prescrita cuando se propuso la demanda. Negó, por lo tanto, las peticiones de la demanda y absolvió a las demandadas con costas a cargo de la parte demandante.

Apelada la sentencia por los demandantes, el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 31 de marzo de 1955, confirmó la de primera instancia, con la adición de declarar probada la excepción de prescripción de la acción resolutoria del contrato **sub judice**, con costas a cargo de los apelantes.

Motivos de la sentencia acusada. — Expone el sentenciador:

"En la primera instancia fueron alegadas las que denominó inexistencia de la obligación, inexistencia de la condición resolutoria, carencia de acción y nulidad de la hipoteca. En la segunda instancia, el apoderado de las demandadas, dentro del término de fijación del negocio en lista, presentó un escrito en que pide se confirme la sentencia apelada y en lo pertinente dice: "en razón de lo cual alego en la siguiente forma: el señor juez del conocimiento falló a favor de mis mandantes considerando el hecho patente de que la acción instaurada había prescrito". La Sala estima que en los términos transcritos se ha alegado la prescripción o extinción de la acción instaurada, a la cual da preferencia en la consideración de las defensas propuestas". Después de referirse a otras manifestaciones del apoderado de la parte demandada, contenidas en escritos posteriores expresa: "Indudablemente la repetida demanda de que se confirme la sentencia de primera instancia por cuanto el juez reconoció el hecho patente de la prescripción, es una clara alegación de ésta, hecha en la oportunidad prescrita por el artículo 341 del Código Judicial y en términos que, por lo reiterados dejan ver claramente la intención del apoderado de la parte demandada que, en la solicitud para su reconocimiento no necesitaba usar de fórmulas sacramentales".

Por otra parte anota que "la parte demandante en la audiencia y en el resumen de su intervención en ella, dice que la demanda presentada por las compradoras por medio de apoderado para que se declaren prescritas la acción ejecutiva y la acción hipotecaria, reconocieron el crédito y hubo una interrupción natural de la prescripción. Si ésta puede hacerse valer como acción y como excepción, sería un absurdo que la demanda con que se inicia la primera, en la cual necesariamente hay que mencionar tanto en la parte petitoria como en los hechos el crédito o derecho de cuya acción se trata, constituyera un reconocimiento expreso o tácito de la obligación, pues la demanda de prescripción indica precisamente que se considera extinguida esa obligación o crédito. Por manera que, no habiendo ocurrido ninguna interrupción en la prescripción alegada, debe declararse probada la excepción que ella entraña".

La casación

El recurrente, con base en la causal primera, formula varios cargos que se examinarán en su orden.

Primero: violación del artículo 2513 del Código Civil que "resulta del hecho negativo pero palpable de que las demandadas ni en la primera ni en la segunda instancia propusieron y menos aún alegaron la excepción de prescripción y sin embargo el juez de primera instancia decretó de oficio la prescripción y el sentenciador de segunda instancia confirmó tan ilegal sentencia incurriendo en la misma violación de la ley".

La Corte considera:

a) Que, en realidad, la sentencia de primer grado es flagrantemente ilegal, como lo observa el recurrente; basta anotar, a este respecto, que el reconocimiento de oficio de la excepción de prescripción implica un absoluto desconocimiento de

muy claras disposiciones legales como son las de los artículos 2513 del Código Civil y 343 del Código Judicial.

b) Que de conformidad con el artículo 341 del Código Judicial, la excepción perentoria de prescripción puede proponerse en cualquiera de las instancias del juicio hasta la citación para sentencia, de tal manera que, en la segunda instancia, puede cambiar, por este aspecto, la situación procesal contemplada en el fallo de primer grado. De aquí es infiere que, no alegada la prescripción en la primera instancia, el fallo que en ésta se dicte, reconociéndola, es ilegal; no así el de segunda instancia que lo confirme, si en ésta aparece propuesta la referida excepción.

c) Que en el caso de que se trata el sentenciador, en el fallo acusado, claramente advierte que la excepción de prescripción debe alegarse, de tal suerte que no desconoce la doctrina consagrada en los artículos 2513 del Código Civil y 343 del Código Judicial. Declara probada tal excepción por considerar que fue propuesta en la segunda instancia, lo cual deduce de expresiones contenidas en escritos presentados por el apoderado de la parte demandada.

d) Que en consecuencia, la sentencia recurrida no viola directamente las disposiciones legales que se han citado ya que, como se ha dicho, no niega ni desconoce la doctrina en ellas consagrada; la violación, de existir, sería indirecta, es decir proveniente de errores cometidos por el sentenciador en la apreciación de los escritos presentados por la parte demandada, siendo de advertir que el fallo no aparece acusado por este extremo.

e) Que, aun cuando lo dicho es suficiente para desechar el cargo, puede agregarse que no se encuentra error en la apreciación que hace el Tribunal de las manifestaciones consignadas en los referidos escritos, comoquiera que proponer una excepción es simplemente expresar el hecho o hechos que la constituyen sin que para el efecto se requieran fórmulas sacramentales como lo expresa el fallo recurrido y como ya lo había dicho esta corporación en anteriores ocasiones; y

f) Que por lo expuesto no se acoge el cargo.

Segundo: violación de los artículos 606 y 607 del Código Judicial, proveniente de falta de apreciación de la prueba de confesión hecha por las demandadas personalmente y por medio de apoderado legalmente constituído, confesión que es plena prueba de acuerdo con las citadas disposiciones legales.

Acerca de lo cual basta anotar que las disposiciones legales citadas por el recurrente no tienen el carácter de disposiciones sustantivas en el sentido que a esta calificación da el artículo 520 del Código Judicial, según doctrina constante de esta corporación. No cita el recurrente como infringidas, disposiciones legales que consagren o establezcan el derecho que considera vulnerado por el fallo. En tales condiciones el cargo resulta improcedente.

Tercero: violación de los artículos 1546 y 1930 del Código Civil "por aplicación indebida o interpretación errónea". Considera el recurrente que la acción ordinaria consagrada en tales disposiciones prescribe en treinta años y no en veinte años como lo dice el Tribunal.

En lo cual yerra el recurrente ya que al respecto es perfectamente clara la disposición del artículo 2536 del Código Civil que dice: "la acción ejecutiva se prescribe por diez años y la ordinaria por veinte. La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de diez años y convertida en ordinaria durará solamente otros diez". No hay disposición legal alguna que señale en treinta años el término para la prescripción de la acción resolutoria.

* * *

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

Alberto Zuleta Angel — Ignacio Gómez Posse. Agustín Gómez Prada—Luis F. Latorre U.—Jorge Soto Soto, Of. Mayor.

ACCION DE SIMULACION

Rectificada la doctrina que podría llamarse de la simulación-nulidad, resulta aún mucho más claro que, al reconocerse la eficacia entre las partes de un convenio secreto, no se le puede dar a éste efectos contra terceros de buena fe porque a ello se opone lo dispuesto en el artículo 1766 del Código Civil; sobre este punto son numerosas las decisiones de esta corporación, conforme a las cuales tales terceros pueden atenerse a la apariencia que para ellos resulta del acto público.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, diciembre nueve de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cali en el juicio de Faustino Fernando Maldonado, en representación de la sucesión de Fernando Maldonado H., contra Luis F. Rodríguez y Efigenia Collazos de Varela, sobre simulación de unos contratos de compraventa.

Antecedentes

LOS CONTRATOS.—**Fernando Maldonado H.**, por medio de escritura pública número 794 de 15 de marzo de 1946, otorgada ante el Notario Segundo del Circuito de Cali, vendió a **Luis F. Rodríguez** tres casas y un solar contiguo ubicados en Cali y comprendidos dentro de los linderos que en la escritura se especifican, por el valor de $ 12.000.00.

Luis F. Rodríguez, mediante escritura pública número 2859 del 20 de septiembre de 1946, otorgada ante el Notario Primero del Circuito de Cali, vendió los mismos bienes a **Efigenia Collazos de Varela**, también por el valor de $ 12.000.

LA DEMANDA. — Lastenia Delgado en representación de su hijo **Fernando Faustino Maldonado**, en demanda presentada al Juzgado primero civil del circuito de Cali contra Luis F. Rodríguez y Efigenia Collazos de Varela, pide que previos los trámites de un juicio ordinario, se hagan las siguientes declaraciones:

"**Primera.—Que las compraventas consignadas** en las escrituras públicas números 794 de 15 de marzo de 1946 y 2859 de 24 (sic) de septiembre de 1946 ambas de la Notaría 1ª (sic) de este circuito, son nulas de nulidad absoluta por causa de simulación.

"**Segunda**—Consecuencialmente, que deben cancelarse los registros de las escrituras cuya nulidad se declara.

"**Tercera.**—Que los bienes consistentes en tres casas de habitación, ubicadas en esta ciudad en el cruce de la Avenida Uribe con la calle 21, contiguas o adyacentes, marcadas sus puertas de entrada por la Avenida Uribe con los números 21-1; 21-3; 21-7; 21-11; 21-17; 21-21 y 21-25 con su correspondiente terreno cuya área superficiaria es de 558 metros cuadrados con 50 centímetros cuadrados, casas provistas de instalaciones de agua, luz y sanitarios, alinderadas en conjunto así:... (aquí los linderos), pertenecían a Fernando Maldonado, han pertenecido al mismo y pertenecen actualmente a la sucesión ilíquida de Fernando Maldonado, representada por su hijo natural.

"**Cuarta.**—Que Efigenia Collazos, en su carácter de actual poseedora, debe restituir a la sucesión de Fernando Maldonado, las propiedades que se dejan especificadas en la declaración anterior, con todos sus frutos naturales y civiles dentro de los tres siguientes (sic) a la ejecutoria de la orden judicial.

"**Quinta.** — Que Efigenia Collazos está en la obligación de purificar dichas propiedades de todo gravamen que pueda afectarlas hasta la entrega a la parte actora.

"**Sexta.**—Que si los demandados afrontaren la litis, se les condene a las costas del juicio".

Sentencias de instancia.—El Juzgado, previa la tramitación correspondiente, absolvió a los demandados, dispuso la cancelación de la inscripción de la demanda y de la fianza constituída para tal efecto por la parte demandante y condenó a ésta en costas.

Apelado el fallo para ante el Tribunal Superior Superior de Cali, éste, resolvió:

"1º Declárase que el contrato de compraventa, consignado en la escritura pública número 794, de 15 de marzo de 1946, pasada en la Notaría Segunda de Cali, está afectado de simulación absoluta y encubre un encargo de confianza, por medio del cual el señor Fernando Maldonado H., ya fallecido, le entregó fiduciariamente al señor Luis F. Rodríguez, los bienes que trata el presente juicio, para que mantuviera ostensiblemente el dominio en su poder y se los devolviera luégo, en consecuencia. Declárase asimismo que el dominio de tales bienes corresponde hoy a la sucesión del expresado señor Fernando Maldonado H., por muerte de éste y como consecuencia de no haber salido válidamente del patrimonio del citado causante. — 2º En ejecución del verdadero contrato antes reconocido, el señor Luis F. Rodríguez está obligado a devolver a la sucesión del señor Fernando Maldonado H., representada por su hijo natural, el menor Faustino Fernando Maldonado, demandante, dentro de (3) tres días, contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, y junto con sus frutos civiles y naturales contados a partir de la notificación de esta demanda, los bienes materia del pleito, a saber:... (aquí los bienes con sus correspondientes linderos). — 3º Se ordena tomar nota de esta providencia al margen de la escritura pública número 794, de 15 de marzo de 1946, pasada en la Notaría Segunda de Cali, y en el correspondiente registro de tal instrumento.... 4º No hay lugar a ordenar la cancelación del registro de la escritura pública número 2859, de 24 (sic) de septiembre de 1946, pasada en la Notaría Primera de Cali, ni a decretar ninguna de las súplicas relacionadas con la señora Efigenia Collazos, a quien se absuelve, en consecuencia, de todos los cargos que contra ella se han formulado. — 5º Ordénase la cancelación de la inscripción de la demanda y de la fianza constituída por el demandante. — 6º No hay lugar a la condenación de costas en la presente instancia".

Motivos del Tribunal

En lo concerniente a la acción ejercitada:"... ...Como se expresa en los hechos de la demanda y en las correspondientes peticiones, la pretensión del actor se encamina a obtener la declaración de la nulidad absoluta de los contratos contenidos en las escrituras públicas números 794, de 15 de marzo de 1946 y 2859, de 24 (sic) de septiembre del mismo año, ambas otorgadas en la Notaría 1ª (sic) del Circuito de Cali, por considerar que son ficticias las compraventas contenidas en aquellos instrumentos, bajo el concepto de que no hubo ánimo de vender por parte de los respectivos vendedores, ni ánimo de comprar por parte de los correspondientes compradores de los inmuebles a que se refiere la demanda..."

En lo referente a la compra celebrada entre Fernando Maldonado H. y Luis F. Rodríguez: "...si el señor Luis F. Rodríguez al contestar la demanda que se le ha instaurado a nombre de la sucesión del señor Fernando Maldonado H., confesó ser ciertos los hechos de simulación que se atribuyen a la compraventa contenida en la escritura pública número 794, de 15 de marzo de 1946, pasada en la Notaría Segunda de Cali, tal manifestación debe producir todos sus efectos, entre otros la declaración de simulación absoluta del contrato en ella consignado. El Tribunal, por consiguiente, rechaza la tesis de la falta de eficacia de la confesión judicial de que se trata, pues si bien es cierto que el señor Rodríguez la hizo cuando ya no era dueño de los inmuebles, la aceptación de la simulación es un hecho que lo compromete no sólo ante el causahabiente del señor Maldonado H., sino también con respecto a la señora Collazos de Varela, cuyos derechos se han desconocido en la confesión. El perjuicio de que trata el artículo 604 del Código Judicial no puede circunscribirse a la simple incidencia de la confesión sobre el actual propietario de los inmuebles comprendidos en la demanda, pues aquél puede resultar de distintos factores, entre otros, de la restitución del precio convenido en la compraventa o de las indemnizaciones a que pueden tener derecho las personas de los contratantes...".

En lo que respecta a la compraventa celebrada entre Luis F. Rodríguez y Efigenia Collazos de Varela: "De que haya de reconocerse la simulación comentada anteriormente no se infiere que

ella determina la del contrato contenido en la escritura pública número 2859, de 20 de septiembre de 1946 pasada en la Notaría Primera de Cali, pues son diferentes las consecuencias según se trate de esta acción o de la nulidad judicialmente pronunciada". Y agrega más adelante: ".... tampoco vale esgrimir contra la señora Collazos de Varela la segunda confesión del señor Luis F. Rodríguez cuando aceptó ser ficticio o simulado el contrato contenido en la escritura pública número 2859, de 20 de septiembre de 1946, otorgada en la Notaría Primera de Cali, como lo comprueba el siguiente somero análisis: Es verdad que en la declaración de que se trata el enajenante Rodríguez declara ser ciertos los hechos pertinentes de la demanda, pero también lo es que la compradora ha negado insistentemente dicho extremo, para afirmar en contrario la realidad de la transferencia y la buena fe de la adquisición. La confesión que alguno hiciere en juicio, relativa a un hecho personal de la misma parte, produce plena fe contra ella, dice el artículo 1769 del C. Civil, y ello es aplicable al señor Luis F. Rodríguez para que soporte las consecuencias inherentes a la suya; pero de allí, a que tal declaración pudiera perjudicar a la compradora Efigenia Collazos de Varela, hay una distancia inconmensurable: Nadie puede confesar por otro como no se trate del fenómeno de representación legal o judicial, es consecuencia ineludible del artículo 1769 del C. Civil, en armonía con el artículo 604 del C. Judicial, comoquiera que la confesión debe referirse a un hecho personal que implique algún perjuicio para quien la hace; luego no puede tomarse como tal la que pretenda subrogar la voluntad de un contratante, no sólo por el aspecto antes indicado, sino porque se trataría de desvirtuar unilateralmente las declaraciones contenidas en un instrumento público, contra la fe que les otorga el artículo 1759 del C. Civil". Después de citar el fallo de la Corte de 7 de noviembre de 1953, concluye: "Por último, y en lo concerniente a la buena fe con que se presenta la demandada Ifigenia Collazos de Varela, el Tribunal tiene que reconocer que ni el actor en su libelo, ni ninguna de las pruebas producidas en ambas instancias asignan a dicha señora participación alguna en la simulación de la compraventa anterior a su título, ni aún el simple conocimiento de los vicios de la negociación en referencia".

La casación

El recurrente, invocando la causal primera acusa el fallo:

Primero: por violación directa de los artículos 946, 950 y 952 del Código Civil, por cuanto el tribunal declara que el contrato celebrado entre Fernando Maldonado H. y Luis F. Rodríguez está afectado de simulación absoluta y que en consecuencia los bienes materia de la compraventa pertenecen a la sucesión de aquél, a pesar de lo cual niega a ésta la acción reivindicatoria contra la actual poseedora de los bienes.

Segundo: por violación del artículo 1871 del Código Civil "por haber dado a la escritura número 2859 del 24 (sic) de septiembre de 1946 un valor probatorio que no tiene"; esta escritura contiene una venta de cosa ajena que no perjudica los derechos del verdarero dueño.

Tercero: por violación del artículo 752 del Código Civil por error de derecho en que incurre el tribunal resultante "de considerar que el registro de la escritura pública número 2859 del 24 (sic) de septiembre de 1946, por medio de la cual Luis F. Rodríguez vendió cosa ajena a la señora Efigenia Collazos, es válido y cumplió su misión de transferir al adquirente el dominio de los bienes de que trata la escritura".

Cuarto: por violación del artículo 1748 del Código Civil, por cuanto habiendo declarado el tribunal que el contrato de compraventa celebrado entre Fernando Maldonado H. y Luis F. Rodríguez es simulado, "la absolución de la señora Collazos lleva consigo la violación del artículo 1748 del C. C.", porque impide el ejercicio de la acción reivindicatoria contra la mencionada señora.

La Corte considera:

a) Que la sentencia recurrida declara simulado el contrato que consta en la escritura pública número 794 de 1946, otorgada en la Notaría Segunda de Cali, declaración que se funda en la confesión de quien en tal escritura aparece como comprador;

b) Que la misma sentencia se abstiene de declarar simulado el contrato de compraventa consignado en la escritura pública número 2859 de 1946 de la Notaría Primera de Cali y que para

obrar así se basa en la obvia consideración de que la referida confesión sólo puede perjudicar a quien la hizo y en ningún caso a un tercero;

c) Que el sentenciador, al declarar simulado el contrato que aparece en la citada escritura 794 de 1946, aplica la disposición del artículo 1766 del Código Civil, conforme a la cual las contra-estipulaciones producen efecto entre las partes pero son inoponibles a terceros;

d) Que, en el caso a que se refiere el juicio, el sentenciador considera que, de acuerdo con el citado artículo 1766 del Código Civil, Efigenia Collazos es tercero de buena fe contra el cual no produce efecto la declaración de simulación del contrato que aparece en la escritura 794 de 1946, conceptos fundamentales del fallo no combatidos por el recurrente y que, por tanto, subsisten en casación; al respecto se anota que en el recurso no se encuentra ninguna acusación por quebrantamiento de la mencionada disposición legal.

e) Que, al denegar el tribunal las peticiones de la demanda referentes a Efigenia Collazos de Varela, se funda en doctrina constante de esta corporación. Al respecto se observa: **primero:** que, como es bien sabido, hasta el año de 1935, vio la Corte en la simulación un motivo de nulidad absoluta, a pesar de lo cual se abtuvo de aplicar el artículo 1748 del Código Civil atendiendo de esta manera a la buena fe de terceros poseedores; así, en fallo de 16 de febrero de 1926, expresó: "las sentencias de nulidad por simulación, esto es, fundadas en que no es verdadero lo que aparece estipulado voluntariamente por los otorgantes en una escritura pública, sentencias que afectan a las partes que intervinieron en el contrato, no tienen alcance **contra terceros** de buena fe. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corte en varias sentencias, interpretando correctamente la ley y garantizando con ello la seguridad de las transacciones; de otra manera los terceros quedarían sujetos a la buena o mala fe de sus antecesores en el dominio, y el derecho de propiedad sería falseado por su base, pues bastaría la connivencia de cualquiera con el comprador y el vendedor de una cosa para anular por simulación el contrato de venta, a fin de obtener la reivindicación contra el tercer poseedor o para privarlo de sus derechos de dueño"; y **segundo:** que, rectificada la doctrina que podría llamarse de la simulación-nulidad, resulta aun mucho más claro que, al reconocerse la eficacia entre las partes de un convenio secreto, no se le puede dar a éste efectos contra terceros de buena fe porque a ello se opone lo dispuesto en el artículo 1766 del Código Civil; sobre este punto son numerosas las decisiones de esta corporación, conforme a las cuales tales terceros pueden atenerse a la apariencia que para ellos resulta del acto público.

f) Que, en consecuencia, el fallo recurrido está de acuerdo con la doctrina consagrada en el artículo 1766 del Código Civil y no quebranta, por tanto, las disposiciones legales invocadas por el recurrente.

En mérito de las consideraciones anteriores la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Alberto Zuleta Angel — Ignacio Gómez Posse. Agustín Gómez Prada—Luis F. Latorre U.—Jorge Soto Soto, Of. Mayor.

NO SE NECESITA EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER PARA LA ENAJENACION QUE EL MARIDO HAGA DE BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL ILIQUIDA, ADQUIRIDOS CON ANTERIORIDAD A LA VIGENCIA DE LA LEY 28 DE 1932

1.—En otra época pudo considerarse que para los bienes de las sociedades conyugales ilíquidas, que existieran con anterioridad al 1º de enero de 1933, fecha inicial de vigencia para la ley 28 de 1932, era indispensable a la validez de los actos dispositivos que los cónyuges de consuno los celebraran, como consecuencia de la capacidad plena reconocida a la mujer en el nuevo régimen de bienes en el matrimonio. Equiparados marido y mujer, y, con los mismos derechos y prerrogativas, copartícipes de los bienes sociales, era de pensar, como lo estima el recurrente, que suprimidos como fueron los poderes absolutos del varón para disponer del patrimonio común de los cónyuges, le estaba vedado en lo sucesivo al marido enajenar, sin la aquiescencia de su mujer, los bienes gananciales de las sociedades conyugales preexistentes e ilíquidas, ya bajo el imperio del estatuto matrimonial reformatorio del Código Civil.

Así lo sostuvo la Corte en repetidos fallos. Pero el artículo 1º y único de la ley interpretativa, 68 de 1946, entendió que por virtud de la Ley 28 de 1932 no quedaron disueltas las sociedades conyugales preexistentes, y que las no liquidadas o que no se liquiden provisionalmente, han seguido y siguen bajo el régimen civil anterior, en cuanto a los bienes adquiridos por las dichas sociedades antes del 1º de enero de 1933. Lo cual por modo claro y perentorio, significa que en conformidad con la ley antigua y según lo dicho por el artículo 1806 del Código Civil "el marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un mismo patrimonio", respecto de los adquiridos por las sociedades conyugales aún ilíquidas y que preexistieran cuando en 1º de enero de 1933 entró a regir la Ley 28 de 1932. En consecuencia, es innecesario el consentimiento de la mujer para la enajenación que el marido haga de tales bienes.

2.—La excepción supone que por su virtud extintiva llegue a ser ineficaz la acción deducida en juicio. Pero cuando la acción en sí misma no tiene existencia, por sustracción de materia desparece el campo donde la excepción pudiese actuar. De modo que, jurídicamente, cuando faltan las condiciones de la acción, el actor carece de titularidad y el demandado debe ser absuelto aunque no haya propuesto excepción de ninguna clase. Y la misma situación se contempla cuando las excepciones no tienen mérito: ello equivale, ciertamente, a que no hubieran sido invocadas jamás.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, diciembre doce de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

Por escritura pública número 53, de 22 de febrero de 1935, otorgada en la Notaría 1ª de Barranquilla, Rafael Tafur Guerrero vendió, con pacto de retroventa, a María Mendoza de Sánchez cuatro solares ubicados en la misma ciudad de Barranquilla, adquiridos por escrituras 1214 de 19 de diciembre de 1934, Notaría 3ª, 916 de 29 de junio de 1931, Notaría 2ª, 52 de la misma fecha 22 de febrero de 1935, todas del expresado Circuito, y por la diligencia de remate voluntario verificado ante el Juez 3º del propio Circuito de Barranquilla el 8 de septiembre de 1932.

Rosina del Vecchio, casada en 25 de junio de 1928 con Tafur Guerrero, instauró demanda contra María Mendoza de Sánchez para suplicar la nulidad absoluta de la dicha compraventa, la restitución de los respectivos inmuebles a la sociedad conyugal, y el pago de las costas.

Tramitado el negocio en primera instancia, con

fecha 28 de junio de 1954 el Juez del conocimiento, 4º Civil del Circuito de Barranquilla, desató la controversia en forma absolutoria, por considerar prescrita la acción, y no condenó en costas. Por apelación de ambas partes se surtió el segundo grado del proceso, hasta concluir con el fallo proferido en 1º de abril de 1955 por el Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial, cuya resolución dice:

"**Primero.**—Decláranse no probadas las excepciones perentorias de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante, de prescripción de la acción y de petición de modo indebido, propuestas por el demandado.

"**Segundo.**—No es el caso de hacer las declaraciones impetradas en la demanda.

"**Tercero.**—Ofíciese al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito, en el sentido de ordenarle que cancele la inscripción de la demanda, inscripción que debió haber hecho en cumplimiento de lo que había sido decidido por el Juzgado 4º Civil del Circuito.

"**Cuarto.**—Costas a cargo de la parte demandante vencida.

"Queda en los términos anteriores reformada la sentencia proferida en este juicio el 28 de junio de 1954 por el Juzgado 4º Civil del Circuito".

La parte demandante interpuso el recurso de casación, y ha invocado las causales 1ª y 2ª del artículo 520 del Código Judicial.

Para sustentar la primera causal, alega el recurrente violación directa de los artículos 1774, 1781, numeral 5º, y 1871 del Código Civil, y errónea interpretación del artículo 1º de la Ley 68 de 1946, "lo mismo —dice— que los artículos pertinentes de la Ley 28 de 1932".

En referencia al artículo 1774, admite que por ser el marido administrador y jefe de la sociedad conyugal, estaba capacitado para disponer libremente de los bienes sociales, sin que por esa causa hubiese lugar a la nulidad de los contratos ni a la restitución en provecho de la sociedad conyugal de los objetos enajenados por el marido. Pero que al entrar a regir la Ley 28 de 1932, se hizo necesaria la intervención de ambos cónyuges para enajenar los bienes de pertenencia de las sociedades conyugales entonces existentes, porque al desaparecer dentro del nuevo régimen de bienes en el matrimonio aquella prerrogativa del marido y quedar la sociedad con dos jefes y dos administradores, es indispensable, en su sentir, el concurso de los mismos para celebrar válidamente los negocios de disposición de bienes sociales.

Considera así el recurrente que en el año de 1935, cuando Tafur Guerrero transfirió a título de venta en favor de María Mendoza de Sánchez los inmuebles de que se trata, ya había dejado de ser el único jefe y administrador de la sociedad conyugal; "por lo tanto —agrega— para haber podido vender esos bienes necesitaba del consentimiento de su esposa, motivos por los cuales existe en ese contrato una causa ilícita, estableciéndose así la venta de cosa ajena que se desprende de lo dispuesto en el artículo 1871 ibidem, que a la letra dice: 'La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo' ".

Hace en seguida consideraciones en el sentido de que la venta de cosa ajena sólo es valedera cuando se ratifica por el dueño; alude a doctrina de la Corte sobre interpretación de las leyes, ya que "conforme a la Ley 68 de 1946 no se puede considerar ya, como en múltiples fallos lo entendió la Corte, que por haber perdido el marido desde el 1º de enero de 1933 el carácter de jefe de la sociedad conyugal, y por tanto, el de dueño exclusivo ante terceros de los bienes sociales, perdió también de manera lógica y necesaria sus antiguas facultades dispositivas sobre el conjunto de los bienes de la antigua sociedad conyugal, los cuales vinieron así a quedar, por el fenómeno de la aparición de otro jefe, con iguales facultades a las del marido, bajo el imperio simultáneo de los dos cónyuges. El legislador de 1946 ha cambiado esa doctrina, con facultades suficientes para hacerlo, en razón de que la interpretación legislativa de las leyes es la que fija con autoridad definitiva su alcance verdadero". Y remata el cargo así:

"Según manifestación hecha al principiar este alegato, el Tribunal Superior de Barranquilla violó directamente el numeral 5º del artículo 1781 que a la letra dice: 'El haber de la sociedad conyugal se compone... 5º De todos los bienes que cualesquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso'. Sosteniendo íntimamente la existencia de la sociedad conyugal formada por los esposos Tafur Guerrero y del Vecchio, es de rigor aceptar que todos los

bienes adquiridos dentro del matrimonio a título oneroso por el cónyuge Rafael Tafur Guerrero pertenecen al haber social. Sea que hubieren sido adquiridos antes del 1º de enero de 1933 o después, los bienes se denominan gananciales y por lo consiguiente, si se hubieran vendido antes de la Ley 28 de 1932, se justificaría su legalidad, porque en esa época el marido era el administrador de la sociedad conyugal y disponía de los bienes como si fueran suyos propios. Pero a partir de la vigencia de la Ley 28 de 1932, interpretada por la Ley 68 de 1946, al perder el marido el derecho de único administrador y jefe, para vender bienes gananciales se requiere la voluntad y consentimiento de ambos cónyuges para su disposición. Y como el Tribunal Superior de Barranquilla dijo en su sentencia que los bienes dados en venta por el doctor Tafur Guerrero estaba ajustado (sic) a la ley, y vemos que ellos fueron sacados de la sociedad conyugal sin liquidación para venderlos, el Tribunal violó en forma directa el artículo 1871, al permitir que se deje en vigor el contrato de venta con pacto de retroventa celebrado con la señora María Mendoza de Sánchez en su calidad de único dueño de esos bienes".

Se considera:

Queda planteada en derecho la cuestión conducente a saber si a tiempo de la escritura 53, de 22 de febrero de 1935, el marido Tafur Guerrero tenía la libre disposición sobre los bienes que fueron objeto de la venta a María Mendoza de Sánchez.

En otra época pudo considerarse que para los bienes de las sociedades conyugales ilíquidas, que existieran con anterioridad al 1º de enero de 1933, fecha inicial de vigencia para la Ley 28 de 1932, era indispensable a la validez de los actos dispositivos que los cónyuges de consuno los celebraran, como consecuencia de la capacidad plena reconocida a la mujer en el nuevo régimen de bienes en el matrimonio. Equiparados marido y mujer, con los mismos derechos y prerrogativas, copartícipes de los bienes sociales, era de pensar, como lo estima el recurrente, que suprimidos como fueron los poderes absolutos del varón para disponer del patrimonio común de los cónyuges, le estaba vedado en lo sucesivo al marido enajenar, sin la aquiescencia de su mujer, los bienes gananciales de las sociedades conyugales preexistentes e ilíquidas, ya bajo el imperio del estatuto matrimonial reformatorio del Código Civil.

Así lo sostuvo la Corte en repetidos fallos. Pero el artículo primero y único de la Ley interpretativa, 68 de 1946, entendió que por virtud de la Ley 28 de 1932 no quedaron disueltas las sociedades conyugales preexistentes, y que las no liquidadas o que no se liquiden provisionalmente, han seguido y siguen bajo el régimen civil anterior, en cuanto a los bienes adquiridos por las dichas sociedades antes del 1º de enero de 1933. Lo cual, por modo claro y perentorio, significa que en conformidad con la ley antigua y según lo dicho por el artículo 1806 del Código Civil "el marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un mismo patrimonio", respecto de los adquiridos por las sociedades conyugales aún ilíquidas y que preexistieran cuando en 1º de enero de 1933 entró a regir la Ley 28 de 1932. En consecuencia, es innecesario el consentimiento de la mujer para la enajenación que el marido haga de tales bienes, caso en el cual se encuentran los que ingresaron a la sociedad conyugal Tafur Guerrero-del Vecchio por la escritura 916 de 29 de junio de 1931 y el acta de remate del 8 de septiembre de 1932.

Cuanto a los que figuran adquiridos por Tafur Guerrero dentro del nuevo régimen patrimonial de la sociedad conyugal, o sea los que aparecen como objeto de las escrituras 1214 de 19 de diciembre de 1934 y 52 de 22 de febrero de 1935, no hay duda de que el cónyuge tiene plenos poderes dispositivos frente a terceros y, por consiguiente, es del propio modo eficaz la enajenación que el marido por sí solo efectúa.

Estuvo, pues, en lo cierto el sentenciador al considerar inexistentes en el juicio las condiciones de la acción, como causa del fallo absolutorio. Por lo mismo, el cargo no puede prosperar.

En apoyo de la causal 2ª se hacen varias alegaciones, y el cargo concreto parece ser el que se lee en estos párrafos del escrito del recurrente:

"El H. Tribunal, después de haber manifestado en la parte motiva de la sentencia, que sí existe sociedad conyugal, que mi poderdante tiene personería para haber demandado, que no hay lugar a la prescripción de la acción y de petición de modo indebido (sic), y que la nulidad absoluta es la que cabe en los contratos celebrados en venta de cosa ajena (sic), declaró en la segunda

parte de la sentencia: 'No es el caso de hacer las declaraciones impetradas en la demanda'.

"Con este modo de resolver las partes no saben a qué atenerse en el futuro de la contienda, sabido es que las leyes reformatorias del Código Civil en lo que hace relación al régimen de los matrimonios, se dictaron con el fin exclusivo de sacar a la mujer de las coyundas de su marido, amparándola y evitando que el marido pudiera disponer de los bienes sociales como único dueño, y por lo consiguiente se hacía necesario que la sentencia se hubiera dictado en relación con el sistema y orden a seguir y no en la forma simple como se hizo. Esta situación acarrea graves perjuicios a la administración de justicia, porque tratándose de una entidad, que precisamente debe definir situaciones contenciosas, al pronunciar sus fallos deben (sic) hacerlo en tal forma que no dejen en duda a las partes para hacer uso del derecho reconocido u otorgado".

Se considera:

Es constante la doctrina de la Corte en el sentido de que la causal 2ª de casación no se configura cuando la sentencia acusada absuelve plenamente. La desestimación integral de la demanda desata el proceso en todas las materias sometidas a la decisión judicial, y queda sin base la alegada incongruencia entre el fallo y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. (V. entre otras muchas, sentencias de casación de 18 y 26 de marzo de 1954. G. J. Tomo LXXVIII. 2138-39, págs. 106 y 137).

Y si sucede, como en el presente juicio, que el sentenciador echó de menos las condiciones de la acción y absolvió a la demandada por falta de titularidad en el actor, no cabe admitir ninguna incongruencia por el hecho de que a la vez el Tribunal declarase no probadas las excepciones propuestas.

La excepción supone que por su virtud extintiva llegue a ser ineficaz la acción deducida en juicio. Pero cuando la acción en sí misma no tiene existencia, por sustracción de materia desaparece el campo donde la excepción pudiese actuar. De modo que, jurídicamente, cuando faltan las condiciones de la acción, el actor carece de titularidad y el demandado debe ser absuelto aunque no haya propuesto excepción de ninguna clase. Y la misma situación se contempla cuando las excepciones no tienen mérito: ello equivale, ciertamente, a que no hubieran sido invocadas jamás.

No prospera tampoco la causal 2ª.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 1º de abril de 1955 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

Costas en casación a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Manuel Barrera Parra—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez — Julio Pardo Dávila—Jorge Soto Soto, Oficial Mayor.

ORIGEN HISTORICO DE LA ACCION DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. — ES UNA ACCION SUBSIDIARIA. — ELEMENTOS CONSTITUTIVOS. — EL CONCUBINATO ANTE LA LEY. — ESTE NO PRUEBA NINGUN GENERO DE RELACIONES DE DERECHO ENTRE LOS AMANCEBADOS

1.—No es de reciente data el principio según el cual se puede repetir lo que enriqueció a otro sin causa o por virtud de causa injusta. Es necesario sin embargo que las primitivas culturas se alejen del sentido materialista anexo a la fórmula jurídica sacramental de que arranca el vínculo obligatorio y que penetre en su organización el influjo vital de las ideas filosóficas, para que se rompan los moldes arcaicos y la voluntad libre y espontánea, llegue a ser el principal elemento en el régimen de las obligaciones. Así es como en el derecho histórico romano la filosofía griega permitió a los jurisconsultos VETERES, de fines de la república, desprender la norma fundada en la equidad natural que impide el enriquecimiento injusto en detrimento de otro, como principio de tanta importancia y extensión que pudo ser considerado no sólo como perteneciente al derecho civil sino también al derecho de gentes: NAM HOC NATURA EQUUM EST NEMINEM CUM ALTERIUS DETRIMENTO ET INIURIA FIERI LOCUPLETIOREM.

Es contrario a la esencia del derecho que alguno retenga cosas en su patrimonio a expensas ajenas, sin causa o por consecuencia de causa injusta. Para restablecer el equilibrio, según el precepto invariable que manda dar a cada uno lo suyo, la jurisprudencia romana se valió de la CONDICTIO, como acción personal de derecho estricto, fundada en las leyes Silia y Calpurnia, que por ser abstracta y no necesitar, por lo mismo, la indicación de su causa eficiente, tuvo flexibilidad bastante para adaptarse a diversas hipótesis de enriquecimiento injusto, el que, a través de la CONDICTIO SINE CAUSA, como denominación genérica, vino a constituir fuente nueva de obligaciones y a darle vuelo y amplitud al sistema contractual romano, que si no llegó nunca a consagrar la autonomía de la voluntad, alcanzó grandes alturas en materia de pactos y convenciones innominadas.

Al lado del contrato y de los hechos ilícitos, entra al derecho de obligaciones el enriquecimiento sin causa como origen de los principales vínculos jurídicos nacidos EX VARIIS CAUSARUM FIGURIS, de que habla Gaio. El criterio bizantino tomó de allí la idea poco científica del cuasicontrato, que hizo tránsito al Código Civil francés y al Código Civil colombiano, por donde no aparece en estas legislaciones el texto expreso que defina el enriquecimiento injusto y lo erija en general como fuente civil de obligaciones, si bien es cierto que así es mirado por la doctrina y la jurisprudencia, en mérito de que toda la organización del derecho y el sistema de los contratos y obligaciones tiende siempre al fin preciso de evitar que el enriquecimiento injusto se consume. Nunca se han admitido por el derecho figuras eficaces de donde puedan emanar obligaciones que no obedezcan a causa legítima; y a tal punto es respetado ese criterio jurídico fundamental, que su desconocimiento, sin necesidad de texto expreso, sirve de base para sustentar el recurso de casación ante la Corte, por violación de normas sustantivas emanadas directamente de la equidad, cuando sean aplicables a la materia del juzgamiento, o en último término por el quebranto de los artículos 5º y 8º de la Ley 153 de 1887 y 1524 del Código Civil. (Entre otras, sentencias de casación: 14 de abril de 1937, G. J. Tomo XLV, 29; 27 de marzo de 1939, Tomo XLVIII, 128).

Cierto que el vocablo causa es anfibológico y que en materia de enriquecimiento injusto busca referirse al origen del vínculo jurídico, puesto que se trata de una fuente de obligaciones civiles. Pero no es un

concepto inseparable de la intención ni de la idea de fin, porque fue así como aquél principio de equidad natural pudo influir en la economía jurídica y ampliar y darle vida al campo de la contratación. Si, en los términos del artículo 1524 del C. C., "no puede haber obligación sin una causa real y lícita" y "se entiende por CAUSA el motivo que induce al acto o contrato, y por CAUSA ILICITA la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público", es indudable que cuando el enriquecimiento y el correlativo empobrecimiento emanan de UN ACTO, la existencia o inexistencia de la causa y su legitimidad se encuentran en función del motivo determinante que, en concreto, pusiera en movimiento el querer y obrar del sujeto de derecho.

Ya dentro de la teoría romana de las CONDICTIO SINE CAUSA se transparenta la idea de fin. Así, en la CONDICTIO OB REM DATI, para repetir la cosa que fue dada con el propósito de obtener una contraprestación que no es recibida; SI OB REM DATUR, RE NON SECUTA, como acción aplicable en los negocios DO UT DES y DO UT FACIAS. En la CONDICTIO OB CAUSAM DATORUM, cuando hay un motivo lícito que se impone como carga en el negocio liberal, por ejemplo. En la CONDICTIO CAUSA DATA, CAUSA NON SECUTA que, obediente al mismo criterio, llegó a concederse en los negocios FACIO UT FACIAS y FACIO UT DES. Bien es cierto que de la prestación cumplida y por su mérito surge el deber jurídico de restituir, mientras no hubo recurso ante la justicia para compeler al cumplimiento de la contraprestación prometida, y por entonces del hecho ejecutado nacía la CONDICTIO tendiente a evitar el enriquecimiento injusto: se encuentra allí la causa eficiente de la acción, pero ésta no es concedida sin escrutar los fines de quien actuó. Por eso la DATIO OB REM, UT ALIQUID SEQUATUR, se distinguía muy bien de la DATIO OB CAUSAM PRAETERITAM, esto es en razón de un hecho anterior, caso en el cual no había lugar a la CONDICTIO. Por eso también, y principalmente, eran atendidos los fines en la CONDICTIO OB TURPEM CAUSAM, cuando algo se recibía por motivos inmorales o ilícitos. Aún en la CONDICTIO INDEBITI, concedida en el pago de lo no debido, se tiene en cuenta el ánimo de extinguir una obligación, o sea el fin que mueve la voluntad del SOLVENS. Y dentro de la CONDICTIO SINE CAUSA en sentido estricto, del último estado del derecho, no se desdeña la finalidad cuando se da o promete alguna cosa por una causa determinada que no existe AB INITIO, o cuando la causa no llega a producirse, SINE CAUSA NON SECUTA EST, o si deja de existir, CAUSA FINITA.

No es extraño entonces que en el derecho moderno suceda de la misma manera y que la cuestión de fondo sea siempre igual, aunque el genio propio de razas y naciones le imprima determinadas modalidades o características, atinentes más que todo al ángulo visual adoptado por el respectivo legislador. Sea que el Título XXIV, Libro II, del Código Civil alemán trate del "enriquecimiento o adquisición sin causa" y que en su artículo 812 siente el principio general de que estará obligado a restituir quien por una prestación o de cualquier otro modo obtenga una cosa sin causa jurídica y a costa de otra persona; ya se le considere como fuente especial de las obligaciones civiles, como en el Código Suizo; o bien se entienda que no puede haber obligación sin una causa real y lícita, como en el derecho francés o en el colombiano sucede, es lo cierto que en doctrina y en la tarea de dar a cada uno lo que le corresponde, no habrá sistema jurídico alguno que no encuentre anómalo el doble efecto de acrecer un patrimonio y empobrecer otro como secuela de un hecho o de una serie de hechos incapaces de sustentar la adquisición de acuerdo con las normas jurídicas, porque entonces el balance no puede ser sino la posición de equilibrio exigida por la justicia, y a ello procede la acción de enriquecimiento sin causa, impropiamente llamada de IN REM VERSO, la que no tuvo significado general sino restringido a una sola de las hipótesis de enriquecimiento injusto dentro del sistema de las acciones ADIETITIAE QUALITATIS.

2.—El origen histórico de la acción de enriquecimiento sin causa demuestra que se trata de recurso subsidiario concedido por el derecho cuando la legitimación para obrar en juicio no arranca de normas cla-

boradas en figuras lícitas o ilícitas como causas de obligaciones civiles. Dentro de estas hipótesis, será llamada la respectiva regulación jurídica a tutelar los intereses de las partes, y no directamente el principio general que impide el enriquecimiento injusto. Y así, sólo a falta de tales regulaciones cabe regir la decisión judicial de acuerdo con las previsiones generales del derecho, o por las normas que regulan casos o materias semejantes, en armonía con la equidad como quintaesencia de la buena fe en las relaciones humanas, y por ello mismo procede entender que en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 queda encerrada, como vía subsidiaria, la acción de enriquecimiento injusto, y que la norma se quebranta cuando ese principio es desconocido en la instancia.

Pero es necesario, además, que se reúnan todas las condiciones en que se configura el empobrecimiento como origen de la acción judicial restauradora del equilibrio jurídico. Pues si no lo hubiere, faltará interés en el actor que alegue enriquecimiento del demandado. O si existe el empobrecimiento como consecuencia de una causa jurídica, será legítimo el provecho patrimonial que la otra parte experimente. Y es entendido que la acción ha de surgir siempre en el campo de lo lícito, desde luego que si se persigue la salvaguardia de los dictados del derecho natural, no habrá de ser nunca en contradicción con esos mismos principios del orden jurídico primordial.

3.—Sobre los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa, ver la sentencia proferida el 19 de noviembre de 1936, cuya parte pertinente se transcribe en el presente fallo. (G. J. Tomo XLIV, 474).

4.—El concubinato no prueba ningún género de relaciones de derecho entre los amancebados, ni el transcurso del tiempo posee virtud para transformar y darle eficacia a tal situación contraria al ordenamiento.

Pueden celebrarse válidamente entre concubinos contratos de diversa índole, siempre que su configuración y existencia no dependa del amancebamiento mismo, el que debe ser ajeno también a sus motivos determinantes. A menudo podrá presentarse el contrato de trabajo, el mandato, la sociedad de hecho o de derecho, v. gr., pero en cada caso es indispensable que la figura jurídica y su validez se encuentren plenamente probadas para ser deducidas en juicio. Ni basta el amancebamiento por sí solo, privado como está de efectos jurídicos, para inferir la formación valedera de alguna de aquellas negociaciones. Más bien la unión al margen de la ley invitara a colegir que por esos medios se buscara el fin de formar, mantener o cultivar el concubinato, lo que serviría a destruírlos en razón de sus móviles.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, diciembre doce de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

En la demanda inicial del presente juicio ordinario de Eduardo Escobar Toro contra Elisa Calle Arboleda, el actor relata que desde hace más de veinte años empezó a cohabitar con la demandada en la ciudad de Medellín, cuando él apenas poseía como único patrimonio "una cómoda en la plaza de mercado" y la mujer era sumamente pobre. Afirma que se asoció desde entonces con ella, con el propósito de trabajar y adquirir bienes de fortuna, que desarrollaron actividad conjunta y se prestaron ayuda recíproca, que con dinero ahorrado por ambos se adquirió el inmueble sobre que versa la escritura pública 1276 de 16 de abril de 1942, Notaría 1ª de Medellín, título que se hizo en favor de la demandada, no obstante que Escobar Toro fue el verdadero comprador, a quien el vendedor quiso hacerle la respectiva transferencia. Que en iguales condiciones y posteriormente se adquirieron por la demandada las propiedades que son objeto de las escrituras 1268 del 8 de abril de 1943, Notaría 1ª de Medellín, y 2096 de 28 de julio de 1944 (no se expresa Notaría), y que fueron hechas "dentro del plan trazado inicialmente" otras operaciones en fincas raíces.

Alegó el actor en su libelo la existencia de una serie coordinada de hechos de explotación común, una acción paralela y simultánea tendiente a la consecución de beneficios, una colaboración en pie de igualdad con la demandada, "tan íntima que el vecindario y los relacionados los consideraron casados, que dos hijos fueron bautiza-

dos como legítimos, que la demandada ha figurado con el nombre de Elisa Calle de Escobar" y que su única mira recíproca fue la de contribuir a su bienestar económico por la creación y aumento de bienes de fortuna".

Hizo el demandante numerosas súplicas, principales y subsidiarias, así:

1º—Que Eduardo Escobar y Elisa Calle tuvieron constituída durante veinte años, o más, una sociedad de hecho dedicada a diferentes transacciones comerciales, la que adquirió un patrimonio líquido representado en algunas propiedades inmuebles, depósitos en cajas de ahorros, créditos hipotecarios, etc., el que debe distribuírse entre los socios por haber terminado esa misma sociedad; en segundo subsidio, que esa sociedad irregular terminó por haber cesado las causas que sirvieron para formarla, debe liquidarse y hacer la distribución de los respectivos bienes entre los socios; y en tercer subsidio, que los bienes adquiridos durante la sociedad de hecho, deben dividirse entre los socios, proporcionalmente al trabajo de cada uno de ellos y de lo que hubieren aportado.

2º—Para el evento de que no prosperara ninguna de las anteriores súplicas, pidió el actor la declaración de que para Elisa Calle Arboleda ha existido un enriquecimeinto sin causa, en menoscabo de Eduardo Escobar, por lo que la primera está obligada a pagar al segundo las indemnizaciones o reparaciones tendientes a la finalidad de compensar el empobrecimiento experimentado por el actor, de suerte que Elisa Calle debe entregar a Eduardo Escobar la mitad de los bienes que actualmente posee, o en la proporción que a juicio del juez se deba como indemnización por el enriquecimiento sin causa.

3º—Caso de no prosperar nada de lo anterior, suplica el demandante que se condene a la demandada a pagarle en dinero el valor correspondiente a veinte años de servicios que le prestó como compañero y ayudante, como se determine por peritos dentro del juicio o según el trámite del artículo 553 del Código Judicial; y

4º—En último subsidio pide la declaración de que los actos escriturales referidos en la demanda, fueron realmente en favor del demandante y que los bienes a él le pertenecen, ya que sin razón y sin causa justificativa alguna se hizo aparecer como adquirente a Elisa Calle.

Todo aparte de pedir la condenación en costas.

Por sentencia de 20 de agosto de 1954 el Juez 3º Civil del Circuito de Medellín decidió el primer grado del litigio en estos términos:

"1º—No están probadas las excepciones de petición de modo indebido e inepta demanda por indebida acumulación de acciones.

"2º—La demandada está obligada a pagar al actor el valor de los servicios que le prestó de que se hizo referencia en las motivaciones, que se determinará por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial de acuerdo con las bases de la sentencia.

"3º—No es el caso de hacer y por tanto no se hacen las demás declaraciones pedidas en la demanda.

"Sin costas".

Abierta la segunda instancia por apelación de ambas partes, el Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial le puso fin en fallo del 18 de enero de 1955, que "confirma la sentencia recurrida, pero con la reforma de no condenar a la demandada al pago de los servicios determinados en el numeral 2º de la parte resolutiva de dicha sentencia, pues se la absuelve también del respectivo cargo. Además —agrega el Tribunal— se impone al actor el pago de las respectivas costas".

Interpuso la parte actora el recurso de casación, y es llegada la oportunidad de proferir sentencia.

Con apoyo en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, está acusada la sentencia por violación de los artículos 5º y 8º de la Ley 153 de 1887, 1494, 1502 y 1524 del Código Civil, y se menciona también como infringido el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto el Tribunal considera necesaria la existencia de una relación de trabajo para configurar el enriquecimiento sin causa.

Observa el recurrente que si el derecho positivo colombiano carece de texto expreso susceptible de ser invocado de acuerdo con la técnica de casación cuando se trata del enriquecimiento sin causa, invoca el artículo 1524 del Código Civil como violado por interpretación errónea e indebida aplicación, "desde luego —dice— que el motivo que induce al acto o contrato no es la causa que interviene en la definición del enriquecimiento torticero".

Cita a Bonnecase, para quien la expresión técnica "ausencia de causa" como elemento del enriquecimiento injusto, ha sido fuente de confusión en la materia. Afirma la demanda que el vocablo causa expresa la idea de "causa eficiente"

en el enriquecimiento torticero, mientras que en relación con los actos jurídicos ese mismo vocablo expresa la idea de "causa final". "Por consiguiente —añade— la expresión técnica "falta de causa" o "ausencia de causa" podría ser reemplazada por esta otra terminología: 'la no justificación en derecho de la pérdida o del desplazamiento de un valor perteneciente a un patrimonio dado, en provecho de otro patrimonio'".

Y concreta el cargo así:

"Para el Tribunal la circunstancia de que los concubinos señor Escobar y señora Calle 'se prestaron servicios y ayudas recíprocas, naturales dentro del concubinato', es suficiente demostración de la existencia de la causa consistente en simple liberalidad del demandante'.

"Cita el Tribunal el pasaje de Ennecerus, Kipp y Wolff para demostrar que siempre existe una causa en el sentido subjetivo, cuando la prestación del perjudicado para los efectos del enriquecimiento se base en la voluntad. Esto porque 'las declaraciones de voluntad y las prestaciones correlativas que disminuyen el patrimonio no se ajustan sin fundamento y sin fin'.

"Esta manera de aplicar la doctrina alemana de los artículos 812 a 822 del B. G. B. a la noción francesa, que es la nuestra, del enriquecimiento sin causa, es por completo errónea. No sólo los autores citados por el Tribunal sino todos los demás expositores alemanes, están de acuerdo en que la ausencia de causa no es una noción de significado único; más bien corresponde, en cada caso particular, a la concepción diferente de un postulado de justicia material en conflicto con los efectos del derecho formal.

"La causa, pues, a que se refieren los doctrinantes alemanes citados por el Tribunal, en ese pasaje, es la contemplada por las reglas del B. G. B. que la gobiernan en su estado estático. Pero la ausencia de esa misma causa puede sobrevenir para la teoría general del enriquecimiento injusto, cuando se la contempla en su funcionamiento desde el ángulo de la dinámica. Así: la causa nunca ha existido en la llamada por los alemanes **condictio indebiti** y en nuestro Código Civil cuasicontrato del pago de lo no debido, por cualesquiera de estos dos extremos: a) cuando se realiza la prestación para pagar una obligación, sea ésta de origen contractual o delictual; b) cuando en el momento de la prestación no existe la deuda.

"La consagrada en el B. G. B. con el nombre de **condictio ob causam datorum**, o sea cuando la causa que debía verificarse no se realiza; de **condictio ob causam finitam**, que se da cuando la causa desaparece ulteriormente después de haber existido; y la de **condictio ob turpem causam**, o sea cuando la causa existe pero no puede ser jurídicamente considerada.

"Como se ve, el Tribunal interpretó erróneamente la noción de enriquecimiento sin causa que brota de nuestro Código Civil, con violación de los artículos 5º y 8º de la Ley 153 de 1887.

"Bonnecase propone esta solución a los diversos sistemas expuestos por la doctrina en relación con el enriquecimiento sin causa: 1º Un elemento de hecho: la pérdida o el desplazamiento en provecho de un patrimonio de un valor proveniente de otro patrimonio; 2º Un elemento de orden jurídico: la no justificación en derecho de esa pérdida o de ese desplazamiento de valor.

"El Tribunal consideró erróneamente, para desestimar por el extremo del enriquecimiento torticero la pretensión del demandante, que toda la actividad desarrollada durante veinte años por los concubinos Escobar y la señora Calle tenía en relación con sus negocios jurídicos bilaterales, como causa la presunta liberalidad en virtud de que ellos se prestaron servicios de ayuda recíproca. Esto es a todas luces ilógico y entraña la violación de los artículos 1524 y 1502 del Código Civil. Los únicos negocios jurídicos entre concubinos que adolecen de causa ilícita son aquellos singulares que tienen como inequívoco motivo determinante la prolongación y estabilización del concubinato".

Se refiere en seguida el recurrente a la doctrina de Josserand según la cual el móvil sirve para discernir la eficacia de las liberalidades entre concubinos, pues si tienden a establecer o conservar las relaciones irregulares, se considera que la causa es ilícita y la donación radicalmente nula, en tanto que si en el pensamiento del concubinario se busca indemnizar a la manceba por el perjuicio causado o a asegurarle su existencia después del concubinato, la liberalidad es valedera.

"Ahora bien —continúa la demanda— el Tribunal infringió todas las proposiciones jurídicas que he invocado, al considerar que los móviles de Escobar en sus relaciones jurídicas con su concubina fueron todos indiscriminada e indefinidamente de liberalidad, durante los veinte años de su concubinato en que ambos llevaron una perfecta dignidad de vida común".

Más adelante expone:

"En este proceso existe, de acuerdo con la demandada, una acumulación alternativa de acciones, hecha subjetivamente y en el sentido atenuado que Chiovenda estudia: cada una de las acciones acumuladas es suficiente para el fin que se propone el demandante. El Tribunal enjuició cada una de ellas separadamente. Estoy de acuerdo con la sentencia en lo referente: a la desestimación de las acciones relativas a la sociedad de hecho entre los concubinos, por deficiencia de la prueba; a la desestimación de la pretensión de que la demandada pague el valor de los servicios que el demandante le prestó por veinte años; a la de obtener la declaratoria de que 'los bienes determinados en las escrituras... fueron realmente adquiridos en favor' del demandante; y a la de simulación en relación con las enajenaciones efectuadas por la demandada.

"Los considerandos de la sentencia por el extremo de la teoría del enriquecimiento torticero a que se refiere la acción ejercitada, del mismo nombre, por mi poderdante, no hacen referencia concreta a ninguna de las pruebas del expediente, motivo por el cual no sería técnico en casación acusar violación de la ley por parte del Tribunal proveniente de apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba. En estas condiciones, el análisis de las pruebas es materia de una consideración de instancia, una vez casada la sentencia".

Se considera:

No es de reciente data el principio según el cual se puede repetir lo que enriqueció a otro sin causa o por virtud de causa injusta. Es necesario sin embargo que las primitivas culturas se alejen del sentido materialista anexo a la fórmula jurídica sacramental de que arranca el vínculo obligatorio y que penetre en su organización el influjo vital de las ideas filosóficas, para que se rompan los moldes arcaicos y la voluntad libre y espontánea llegue a ser el principal elemento en el régimen de las obligaciones. Así es como en el derecho histórico romano la filosofía griega permitió a los jurisconsultos **veteres**, de fines de la república, desprender la norma fundada en la equidad natural que impide el enriquecimiento injusto en detrimento de otro, como principio de tanta importancia y extensión que pudo ser considerado no sólo como perteneciente al derecho civil sino también al derecho de gentes: **Nam hoc natura equum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem.**

Es contrario a la esencia del derecho que alguno retenga cosas en su patrimonio a expensas ajenas, sin causa o por consecuencia de causa injusta. Para restablecer el equilibrio, según el precepto invariable que manda dar a cada uno lo suyo, la jurisprudencia romana se valió de la **condictio**, como acción personal de derecho estricto, fundada en las leyes Silia y Calpurnia, que por ser abstracta y no necesitar, por lo mismo, la indicación de su causa eficiente, tuvo flexibilidad bastante para adaptarse a diversas hipótesis de enriquecimiento injusto, el que, a través de la **condictio sine causa**, como denominación genérica, vino a constituir fuente nueva de obligaciones y a darle vuelo y amplitud al sistema contractual romano, que si no llegó nunca a consagrar la autonomía de la voluntad, alcanzó grandes alturas en materia de pactos y convenciones innominadas.

Al lado del contrato y de los hechos ilícitos, entra al derecho de obligaciones el enriquecimiento sin causa como origen de los principales vínculos jurídicos nacidos **ex variis causarum figuris**, de que hablaba Gaio. El criterio bizantino tomó de allí la idea poco científica del cuasicontrato, que hizo tránsito al Código Civil francés y al Código Civil colombiano, por donde no aparece en estas legislaciones el texto expreso que defina el enriquecimiento injusto y lo erija en general como fuente civil de obligaciones, si bien es cierto que así es mirado por la doctrina y la jurisprudencia, en mérito de que toda la organización del derecho y el sistema de los contratos y obligaciones tiende siempre al fin preciso de evitar que el enriquecimiento injusto se consume. Nunca se han admitido por el derecho figuras eficaces de donde puedan emanar obligaciones que no obedezcan a causa legítima; y a tal punto es respetado ese criterio jurídico fundamental, que su desconocimiento, sin necesidad de texto expreso, sirve de base para sustentar el recurso de casación ante la Corte, por violación de normas sustantivas emanadas directamente de la equidad, cuando sean aplicables a la materia del juzgamiento, o en último término por el quebranto de los artículos 5º y 8º de la Ley 153 de 1887 y 1524 del Código Civil. (Entre otras, sentencias de casación: 14 de abril de 1937, G. J. Tomo XLV, 29; 27 de marzo de 1939, XLVIII, 128).

Cierto que el vocablo causa es anfibológico y que en materia de enriquecimiento injusto busca

referirse al origen del vínculo jurídico, puesto que se trata de una fuente de obligaciones civiles. Pero no es un concepto inseparable de la intención ni de la idea de fin, porque fue así como aquel principio de equidad natural pudo influir en la economía jurídica y ampliar y darle vida al campo de la contratación. Si, en los términos del artículo 1524 del Código Civil, "no puede haber obligación sin una causa real y lícita" y "se se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público", es indudable que cuando el enriquecimiento y el correlativo empobrecimiento emanan de un acto, la existencia o inexistencia de la causa y su legitimidad se encuentran en función del motivo determinante que, en concreto, pusiera en movimiento el querer y obrar del sujeto de derecho.

Ya dentro de la teoría romana de las **condictiones sine causa** se transparenta la idea de fin. Así, en la **condictio ob rem dati**, para repetir la cosa que fue dada con el propósito de obtener una contraprestación que no es recibida: **si ob rem datur, re non secuta**, como acción aplicable en los negocios de **ut des** y **do ut facias**. En la **condictio ob causam datorum**, cuando hay un motivo lícito que se impone como carga en el negocio liberal, por ejemplo. En la **condictio causa data, causa non secuta** que, obediente al mismo criterio, llegó a concederse en los negocios **facio ut facias** y **facio ut des**. Bien es cierto que de la prestación cumplida y por su mérito surge el deber jurídico de restituir, mientras no hubo recurso ante la justicia para compeler al cumplimiento de la contraprestación prometida, y que por entonces del hecho ejecutado nacía la **condictio** tendiente a evitar el enriquecimiento injusto: se encuentra allí la causa eficiente de la acción, pero ésta no es concedida sin escrutar los fines de quien actuó. Por eso la **datio ob rem, ut aliquid sequatur**, se distinguía muy bien de la **datio ob causam praeteritam**, esto es en razón de un hecho anterior, caso en el cual no había lugar a la **condictio**. Por eso también, y principalmente, eran atendidos los fines en la **condictio ob turpem causam**, cuando algo se recibía por motivos inmorales o ilícitos. Aun en la **condictio indebiti**, concedida en el pago de lo no debido, se tiene en cuenta el ánimo de extinguir una obligación, o sea el fin que mueve la voluntad del **solvens**. Y dentro de la **condictio sine causa** en sentido estricto, del último estado del derecho, no se desdeña la finalidad cuando se da o promete alguna cosa por una causa determinada que no existe **ab initio**, o cuando la causa no llega a producirse, **sine causa non secuta est**, o si deja de existir, **causa finita**.

No es extraño entonces que en el derecho moderno suceda de la misma manera y que la cuestión de fondo sea siempre igual, aunque el genio propio de razas y naciones le imprima determinadas modalidades o características, atinentes más que todo al ángulo visual adoptado por el respectivo legislador. Sea que el Título XXIV, Libro II, del Código Civil alemán trate del "enriquecimiento o adquisición sin causa" y que en su artículo 812 siente el principio general de que estará obligado a restituir quien por una prestación o de cualquier otro modo obtenga una cosa sin causa jurídica y a costa de otra persona: ya se le considere como fuente especial de las obligaciones civiles, como en el Código Suizo; o bien se entienda que no puede haber obligación sin una causa real y lícita, como en el derecho francés o en el colombiano sucede, es lo cierto que en doctrina y en la tarea de dar a cada uno lo que le corresponde, no habrá sistema jurídico alguno que no encuentre anómalo el doble efecto de acrecer un patrimonio y empobrecer otro como secuela de un hecho o de una serie de hechos incapaces de sustentar la adquisición de acuerdo con las normas jurídicas, porque entonces el balance no puede ser sino la posición de equilibrio exigida por la justicia, y a ello procede la acción de enriquecimiento sin causa, impropiamente llamada **de in rem verso**, la que no tuvo significado general sino restringido a una sola de las hipótesis de enriquecimiento injusto dentro del sistema de las acciones **adiectitiae qualitatis**.

El origen histórico de la acción de enriquecimiento sin causa demuestra que se trata de recurso subsidiario concedido por el derecho cuando la legitimación para obrar en juicio no arranca de normas elaboradas en figuras lícitas o ilícitas como causas de obligaciones civiles. Dentro de estas hipótesis, será llamada la respectiva regulación jurídica a tutelar los intereses de las partes, y no directamente el principio general que impide el enriquecimiento injusto. Y así, sólo a falta de tales regulaciones cabe regir la decisión judicial de acuerdo con las previsiones generales del derecho, o por las normas que regulan casos o materias semejantes, en armonía con la equidad como quintaesencia de la buena

fe en las relaciones humanas, y por ello mismo procede entender que en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 queda encerrada, como vía subsidiaria, la acción de enriquecimiento injusto, y que la norma se quebranta cuando ese principio es desconocido en la instancia.

Pero es necesario, además, que se reúnan todas las condiciones en que se configura el empobrecimiento como origen de la acción judicial restauradora del equilibrio jurídico. Pues si no lo hubiere, faltará interés en el actor que alegue enriquecimiento del demandado. O si existe el empobrecimiento como consecuencia de una causa jurídica, será legítimo el provecho patrimonial que la otra parte experimenta. Y es entendido que la acción ha de surgir siempre en el campo de lo lícito, desde luego que si se persigue la salvaguardia de los dictados del derecho natural, no habrá de ser nunca en contradicción con esos mismos principios del orden jurídico primordial. Por eso la doctrina destaca los elementos que deben reunirse.

Dentro de la jurisprudencia de la Corte, se toma la siguiente transcripción del fallo proferido el 19 de noviembre de 1936:

"Cinco son los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa, sin cuya reunión no puede existir aquél, a saber:

"1º—Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no sólo en el sentido de adición de algo sino también en el de evitar un menoscabo de un patrimonio.

"2º—Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecimiento haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento.

"Es necesario aclarar que la ventaja del enriquecimiento puede derivar de la desventaja del empobrecido, o, a la inversa, la desventaja de éste derivar de la ventaja de aquél.

"Lo común es que el cambio de la situación patrimonial se opere mediante una prestación dada por el empobrecido al enriquecido, pero el enriquecimiento es susceptible de verificarse también por intermedio de otro patrimonio.

"El acontecimiento que produce el desplazamiento de un patrimonio a otro debe relacionar inmediatamente a los sujetos activo y pasivo de la pretensión de enriquecimiento, lo cual equivale a exigir que la circunstancia que origina la ganancia y la pérdida sea una y sea la misma.

"3º—Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica.

"El enriquecimiento torticero, causa y título son sinónimos, por cuyo motivo la ausencia de causa o falta de justificación en el enriquecimiento, se toma en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido generada por un contrato o un cuasi-contrato, un delito o un cuasi-delito, como tampoco por una disposición expresa de la ley.

"4º—Para que sea legitimada en la causa la acción de **in rem verso**, se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito, o de las que brotan de los derechos absolutos.

"Por lo tanto, carece igualmente de la acción de **in rem verso** el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. El debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia.

"5º — La acción de **in rem verso** no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley.

"El objeto del enriquecimiento sin causa es el de reparar un daño pero no el de indemnizarlo. Sobre la base del empobrecimiento sufrido por el demandante, no se puede condenar sino hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el demandado". (GACETA JUDICIAL, Tomo XLIV, 474).

Bonnecase simplifica así:

"315.—**Los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa considerados como fuente de obligación.** — Consideramos que esos elementos son dos: un **elemento de hecho:** la pérdida o el desplazamiento en provecho de un patrimonio de un valor que sale de otro patrimonio. Un **elemento de derecho** la no justificación en derecho de esa pérdida o de ese desplazamiento de valor". (Précis de Droit Civil. II. 305. París 1934).

Todo ello se desprende, pues, de los viejos principios que prohiben dañar a otro —**alterum non laedere**— y que ordenan dar a cada uno lo suyo —**suum cuique tribuere**—.

La vida en concubinato contradice la organización de la familia legítima como base de orden

público primario para los fines del Estado. Y así como los amancebados menosprecian la ley que solemniza la unión matrimonial y voluntariamente desdeñan sus mandatos, para el régimen jurídico esa unión irregular carece de efectos entre el concubinario y la manceba, quienes consintieron en la unión libre con todas sus consecuencias extrajurídicas. Por consiguiente: el concubinato no prueba ningún género de relaciones de derecho entre los amancebados, ni el transcurso del tiempo posee virtud para transformar y darle eficacia a tal situación contraria al ordenamiento.

Otra cosa es que la unión de hecho no implique para los concubinos merma de su capacidad, ni pérdida de aptitud para contratar en sus relaciones recíprocas: si no son válidos los negocios que entre ellos sean hechos para crear, mantener o fomentar el estado antimatrimonial, el vicio absoluto se produce no por falta de capacidad sino en razón de la causa ilícita.

Pueden celebrarse válidamente entre concubinos contratos de diversa índole, siempre que su configuración y existencia no dependa del amancebamiento mismo, el que debe ser ajeno también a sus motivos determinantes. A menudo podrá presentarse el contrato de trabajo, el mandato, la sociedad de hecho o de derecho, v. gr., pero en cada caso es indispensable que la figura jurídica y su validez se encuentren plenamente probadas para ser deducidas en juicio. Ni basta el amancebamiento por sí solo, privado como está de efectos jurídicos, para inferir la formación valedera de alguna de aquellas negociaciones. Más bien la unión al margen de la ley invitaría a colegir que por esos medios se buscara el fin de formar, mantener o cultivar el concubinato, lo que serviría a destruírlos en razón de sus móviles.

En el recurso se han descartado expresamente: la acción pro socio, derivada de sociedad de hecho entre los concubinos; la pretensión de que la demandada pague al demandante el valor de los servicios prestados durante veinte años; la de que determinados bienes fueron realmente adquiridos por el actor y no por la demandada; y la de simulación de enajenaciones efectuadas por Elisa Calle Arboleda. El cargo está hecho por cuanto atañe al enriquecimiento sin causa.

De remota ocurrencia viene a ser que por razón del concubinato llegue a producirse el antedicho fenómeno. Pues si a virtud de comunes intereses y esfuerzos y por fines lucrativos susceptibles de estimación en dinero y no en función del concubinato mismo, viene a demostrarse la **affectio societatis**, habrá sociedad, de derecho si se trata de actividades civiles, o simplemente de hecho si versa sobre operaciones comerciales: esto elimina la acción de enriquecimiento injusto, a virtud de que hay contrato para regir las relaciones que por tal causa se formen. Según lo dicho atrás, en otras hipótesis podrá establecerse el mandato, el contrato de trabajo u otra figura jurídica como causa de la acción deducible en juicio. La sola ingerencia del concubinario en los negocios de su manceba, o viceversa, no da base tampoco para deducir el enriquecimiento injusto, desde luego que la hipótesis está regida por las normas de la agencia oficiosa, y no por aquella teoría subsidiaria, y porque además el empobrecimiento, si lo hubiese, no aparecería incausado, desde luego que el artículo 2308 del Código Civil le niega al gestor el derecho a remuneración por sus servicios. Y si de recíprocas relaciones de asistencia, cuidados mutuos y ayuda más o menos permanente se tratara, aún de contenido pecuniario, aparte de que allí se envuelven las condiciones de orden práctico para la perdurabilidad del concubinato y estarían torcidos los móviles, no podría perderse de vista, aunque no se escrutaran los motivos determinantes, que el espíritu de liberalidad es causa suficiente, y sale la materia esta vez también de la acción subsidiaria de enriquecimiento injusto para situarse en el campo de las donaciones. De donde se infiere que si en doctrina no es imposible que con ocasión del concubinato llegue a presentarse el enriquecimiento injusto, es sin embargo de muy remota ocurrencia, y en el presente caso no llegó a configurarse.

Así lo entendió el Tribunal Superior de Medellín, en ejercicio de sus poderes discrecionales para apreciar si un enriquecimiento sin causa pudo o no producirse en el asunto **sub judice**, cuestión de hecho que ni siquiera fue atacada por el recurrente en su demanda.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pro-

ferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín con fecha 18 de enero de 1955.

No aparece que se hayan causado costas en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Manuel Barrera Parra—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez—Julio Pardo Dávila—Jorge Soto Soto, Oficial Mayor.



ACCION DE SIMULACION Y SUBSIDIARIA DE NULIDAD DE UN CONTRATO

La estabilidad del orden social exige que los actos jurídicos celebrados entre personas capaces, sean tenidos por válidos, pues si las partes pudieran ampliamente y sin ninguna restricción decir que el acto no es válido alegando cualquiera pretendida intención de simular, esa estabilidad de orden social y económico quedaría completamente desvirtuada, la ley impone condiciones para que la simulación alegada por las partes o por sus sucesores, pueda demostrarse. Y una de tales condiciones, cuando la simulación se alega por quien intervino como contratante, consiste en que sólo se admite como prueba la contraescritura, o la confesión judicial del demandado o la prueba testimonial complementada por un principio de prueba por escrito que provenga del mismo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, a diciembre doce de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Julio Pardo Dávila)

El veintiseis de febrero de mil novecientos cincuenta y uno, ante el notario del municipio de Pijao, se otorgaron las escrituras números quince y diez y seis, en las cuales Manuel Antonio Ocampo Herrera trasfiere a título de venta a Guillermo Ocampo R. los bienes inmuebles que en las citadas escrituras se detallan. El precio de los bienes a que se refiere la escritura número quince, es la cantidad de veinte mil pesos, y el de los determinados en la escritura número diez y seis, la cantidad de diez mil quinientos pesos. En los dos instrumentos públicos declara el vendedor Ocampo Herrera, que tiene recibido el precio de manos del comprador a entera satisfacción, y agrega, en una y otra escritura, "que desde la fecha queda el comprador en posesión y dominio legal" de los bienes materia del contrato de compra-venta. Las escrituras mencionadas se registraron oportunamente en la oficina de registro correspondiente, en el libro de registro número 1º.

Manuel Antonio Ocampo Herrera demandó "por la vía ordinaria" en acción de mayor cuantía sobre simulación de contrato, al señor Guillermo Ocampo Rodas, mayor y vecino de Pijao, para que "previos los trámites legales de un juicio de esta naturaleza, en sentencia que cause ejecutoria, por su despacho se diga:

"1º—Que es simulado el contrato de compraventa que figura en las escrituras marcadas con los números quince y diez y seis de la notaría de Pijao, de veintiseis de febrero de mil novecientos cincuenta y uno, entre Miguel Antonio Ocampo Herrera y Guillermo Ocampo Rodas y como consecuencia se decrete la cancelación del registro de dichos instrumentos, comunicando lo pertinente a las oficinas de registro de Sevilla y Calarcá.

"2º—Que se condene al demandado, si temerariamente se opone a la presente acción.

"En subsidio, pido que se declare la nulidad absoluta del contrato o contratos escriturarios que relacionan las escrituras quince y diez y seis citadas antes, por falta absoluta de consentimiento entre los contratantes, falta de objeto y causa lícitos, decretando a su vez la cancelación de los registros respectivos".

En la primera instancia el pleito fue resuelto por el juez del circuito de Calarcá, en sentencia de fecha veintiocho de enero de mil novecientos cincuenta y cuatro, que dice así, en la parte resolutiva:

"1º—No se accede a ninguna de las peticiones, ni principal ni subsidiaria, formuladas por el actor en el libelo de demanda. Como consecuencia de lo anterior, se absuelve al demandado de todos los cargos formulados. Sin costas".

La parte actora interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, y en tal virtud subieron los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, que resolvió el negocio, en la segunda instancia, por sentencia que lleva fecha veintinueve de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro. El Tribunal en esa providencia confirmó en todas sus partes la sentencia de primer grado, proferida por el juez del circuito de Calarcá, no hizo condenación en costas en la instancia "porque no se causaron".

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira interpuso el recurso de casación la parte demandante, y como está cumplida la tramitación propia del recurso, procede la Corte a resolverlo, previas las consideraciones siguientes:

En la sentencia acusada afirma el Tribunal, en primer término, que los contratos de que dan cuenta las escrituras números quince y diez y seis, citadas, deben considerarse legalmente existentes, en lo relacionado con su solemnidad, pues los dos otorgantes son mayores de edad, el notario afirmó conocerlos personalmente y no aparece ninguna prueba sobre incapacidad de los otorgantes para contratar. Además, las escrituras dichas aparecen debidamente registradas, y dice la sentencia:

"En cuanto a los contratos substanciales celebrados, es decir, a los actos y declaraciones que las partes hicieron constar en los instrumentos referidos, afirma el actor en su libelo que no hubo ejecución de ellos y les niega su veracidad alegando que fue engañado por el comprador, porque éste le hizo creer que lo iban a demandar y corría el peligro de perderlos, y que por esto en realidad no quiso transferir la propiedad sobre inmuebles supuestamente vendidos, ni el comprador adquirirla, ni hubo pago por éste del precio aparentemente estipulado, ni entrega real y verdadera de los bienes vendidos y por eso continúa en posesión y ejecutando actos de dominio sobre ellos.

"Por su parte, el demandado niega todas estas afirmaciones y sostiene que los contratos fueron verdaderos, que entendió adquirir el dominio, que pagó el precio y que dejó al vendedor como simple tenedor de los bienes que compró a nombre de él".

En este pasaje de la sentencia queda resumido el litigio, y para resolverlo hace el Tribunal un examen de lo que constituye el fenómeno jurídico de la simulación y se refiere a las peticiones de la demanda, exponiendo lo siguiente:

"Primera petición. En esta acción sobre declaratoria de la simulación, se pide que se le conceda prevalencia al acto o negocio oculto sobre los contratos consignados en las dos escrituras varias veces mencionadas.

"El acto ostensible debía necesariamente constar por escrito y en forma solemne, por tratarse de enajenación de bienes raíces y así se verificó, y el acto oculto o contra-estipulación, no consta en documento escrito, sino que el demandante afirma que fue convenido verbalmente, y por eso no hubo pago de precios, ni se hizo entrega real de los inmuebles al comprador.

"Está por consiguiente el Tribunal en presencia de unos contratos cuya forma externa es perfecta, de acuerdo con los artículos 1857, 2577, 2641, 2652 y 2673 del Código Civil, y en cuanto a su contenido, es decir a los contratos o pactos mismos **(ad substantiam actus)** hace plena fe contra los contratantes (artículo 1759 del C. C.), mientras no se demuestre que haya causal de nulidad, que invalide el consentimiento o la carencia de objeto y causa lícitas que se hayan comprobado en el curso del juicio.

"Ahora bien, ¿cuál es el medio probatorio, que de acuerdo con nuestra legislación competía ejercitar al actor para obtener la declaración de ficticiedad (sic) alegada?"

Para responder a este interrogante hace referencia el sentenciador al artículo 1766 del Código Civil, del cual ha surgido la teoría de la simulación y que dice:

"Las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirá efecto contra terceros nunca.

"Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se haya tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero", y relaciona este texto legal con lo que dispone el artículo 91 de la ley 153 de 1887, que estatuye:

"Deberán constar por escrito los actos o contratos que contiene la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos. No será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se expresa en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes o al tiempo, o después de su otorgamiento, aun cuando en algunas de estas adiciones se trata de una cosa cuyo valor no alcance a una suma de quinientos pesos..." y transcribe el artículo 1767 del Código Civil, que ordena:

"No se admitirá la prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito".

Con estos antecedentes dice el Tribunal:

"En consecuencia, el demandante no tenía en la presente acción ningún otro recurso probatorio que el de presentar una contraescritura, o un contrapacto escrito, o un principio de prueba por escrito, o la confesión de la contraparte, y no puede aceptarse la de testigos, sino como complementaria del principio probatorio escrito.

"Solamente los terceros afectados por la simulación, son quienes por estar en imposibilidad de allegar u obtener la prueba escrita en estos casos, podrían hacer uso de toda la gama probatoria y acudir al testimonio, a la prueba pericial, a la presunción, a los indicios, etc., etc.

En ninguna parte del expediente aparece la contraescritura, ni un documento privado de cualquiera especie y en las posiciones absueltas por el demandado, éste no aceptó ninguna de las proposiciones esenciales que forman el interrogatorio".

Hace alusión la sentencia a las posiciones que absolvió el demandado durante el término de prueba de la primera instancia y de la transcripción de las respuestas que dio a las preguntas que se le hicieron, concluye que el absolvente negó categóricamente "que se hubiera valido de artimaña o engaño para influenciar a su vendedor a que le hiciera escritura de confianza, negó que no le hubiera pagado el precio, y explicó dónde lo hizo, en presencia de quiénes y en qué clase de billetes, negó negó que se hubiera comprometido a devolver las escrituras, es decir, a otorgar a favor del vendedor nuevas escrituras de compraventa de esos mismos bienes, y negó que no hubiera tenido en el momento del otorgamiento de los citados instrumentos dinero para pagar los precios. En consecuencia de las respuestas dadas por el demandado, no se derivó ninguna prueba a favor del demandante".

Reitera el Tribunal sus puntos de vista en cuanto a que las pruebas testimoniales o las indiciales, etc., no pueden ser aceptadas en la acción de declaración de simulación entre las partes y en litis entre ellas mismas, "como en el presente caso, por cuanto no se ha presentado la contraestipulación oculta, escrita en cualquier forma... Para poder acudir a la prueba testimonial complementaria en este caso, es indispensable que haya 'un principio de prueba por escrito, es decir, un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso' o simulado (artículo 93 de la ley citada). Por esto, no entra el Tribunal a calificar la prueba testimonial traída por una y otra parte, ni acude a la prueba indicial para resolver la cuestión planteada en el libelo".

"Entre los otorgantes de instrumentos públicos y privados, las declaraciones contenidas en ellos hacen plena fe y envuelven confesión de parte (artículos 1759 y 1761 del C. C.) y para destruírles este valor es absolutamente indispensable que las contrapruebas tengan igual naturaleza y efección, o sean actos escritos, principio de prueba o confesión de parte. El derecho probatorio no acepta la testimonial sino cuando hay principio de prueba por escrito y cuando hay imposibilidad de proporcionársela por escrito, o sea para los terceros al contrapacto. En forma que la declaratoria de simulación no puede prosperar en la presente acción...."

La segunda petición de la demanda, o sea la subsidiaria, sobre declaratoria de nulidad absoluta de los contratos celebrados entre Manuel Antonio Ocampo Herrera y Guillermo Ocampo Rodas, es estudiada por el Tribunal y hace notar "que tampoco se ha comprobado la incapacidad de ninguno de los contratantes, ni que las declaraciones productoras de efectos jurídicos entre ellos adolecen de vicio, o violan las normas de orden público o las buenas costumbres".

La Demanda de Casación

Dice el recurrente:

"...Formulo ante esa Suprema Corte la demanda de casación contra el mencionado fallo por el motivo 1º del artículo 520 del C. J., por ser la sentencia recurrida violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, por aplicación indebida e interpretación errónea. Por ser el fallo violatorio de la ley por apreciación errónea y por falta de apreciación de algunas pruebas, con lo cual incurrió el Tribunal en errores de derecho y en errores de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos".

Divide su demanda en varios capítulos y titula el primero "Errores de Hecho y de Derecho"; el segundo lo denomina "Violación de la ley sustantiva" y en el tercero se refiere a la "acción subsidiaria de nulidad".

Bajo el mote "Errores de hecho y de derecho" dice el recurrente que el Tribunal "desconoció y no tuvo en cuenta la prueba testimonial, como la indicial que aparece en los autos, desestimó su valor probatorio y por consiguiente, violó las disposiciones sustantivas sobre la materia; y no tomó en toda su alcance la prueba de confesión del demandado al absolver posiciones".

Copia en seguida los apartes de la sentencia en los que el Tribunal sostiene que "para poder acudir a la prueba testimonial complementaria en estos casos, es indispensable que haya un principio de prueba por escrito" y que "la prueba testimonial, como las indiciales, no pueden ser aceptadas en las declaraciones de simulación entre las partes y en litis entre ellos mismos, como en el presente caso, por cuanto no se ha

presentado la contraestipulación oculta..." y afirma que por lo transcrito se ve que el Tribunal "no aceptó, desconoció, no calificó ni estudió dichas pruebas, con lo cual cometió un error evidente de hecho que aparece de manifiesto en los autos, ya que con esos elementos de convicción se establece plenamente, al lado de la confesión del mismo demandante, todas las características y bases suficientes para establecer la simulación de los contratos.

"La falta de tomar el Tribunal en cuenta estos elementos de convicción y darles el valor probatorio que la ley les señala, le hizo incurrir en un error evidente de hecho que lo llevó a desconocer y no estudiar los indicios que esas mismas declaraciones constataban, testimonios que tienen gran valor para establecer la simulación demandada. Al desconocer el Tribunal el mérito probatorio de esos testimonios, de los indicios que surgían de ellos, como de la propia confesión del demandado, le hizo incidir en un error de derecho y como consecuencia, violó indirectamente los artículos 1757, 1768, 66 del C. C., 93 de la ley 153 de 1887 y 661, 662, 665, 697 del C. C., y 606 del C. J.".

Hace en seguida un análisis de las pruebas presentadas al juicio, o sea de las posiciones que absolvió el demandado, de las declaraciones de Gonzalo López, Salvador Ortiz, Fabio Llano y del certificado del notario de Pijao, para formular un alegato que podría acaso considerarse en la instancia, pero que no es conducente en casación, y en el cual expone sus puntos de vista acerca de la manera como el Tribunal ha debido apreciar esos elementos probatorios, y sintetiza así este primer cargo contra la sentencia:

"Incidió en un error de hecho el Tribunal, que aparece de modo manifiesto en los autos por la falta de apreciación de las declaraciones llevadas a los autos por las partes litigantes, de los testigos antes mencionados y que se abstuvo de considerar el fallador en la sentencia; por la falta de apreciación de los indicios que surgen de las mismas pruebas practicadas, y que en parte enumeré anteriormente, pruebas que al haber aceptado y estudiado el Tribunal, habrían variado el fallo reconociendo el derecho del demandante para obtener la declaratoria de simulación de los contratos.

"Incurrió en un error de derecho al no reconocer el valor probatorio que la ley señala a estos testimonios e indicios, y con lo cual se infringió de manera indirecta los artículos 1768, 1769 y 66 del C. C. 604, 606, 661, 662, 666, 687 del C. J., 93 de la ley 153 de 1887, y se violó la ley sustantiva, especialmente los artículos 1766 del C. C. (sic).

"El Tribunal cometió un error de derecho al no dar el carácter de plena prueba a esa confesión, con lo cual infringió los artículos 604 y 606 del C. J., y 1769 del C. C., todo lo cual llevó al fallador a violar la ley sustantiva".

La violación de la ley sustantiva la hace consistir el recurrente, por interpretación errónea de los artículos 1766, 1769 del Código Civil, 91, 92 y 93 de la ley 153 de 1887, y razona así:

"El artículo 1766 citado que da nacimiento a la acción de simulación, no excluye en manera alguna el derecho de las partes contratantes para desconocer el contrato aparente e invalidarlo con la acción de simulación, aun cuando no exista la contra-escritura de que allí se habla. En mi sentir, el artículo 1766 citado, al hablar de las escrituras privadas hechas por los contratantes, cuando carecen de esa escritura privada, demostrativa del acto oculto para poder incoar la acción de simulación para invalidar la escritura. Y esto tiene que ser así, ya que en la mayoría de los casos los contratantes por ignorancia de la ley, por una escasa cultura cívica o por excesiva confianza en la persona que va a recibir la escritura simulada, no hacen constar por escrito el documento (sic) que contiene el acto oculto".

Dice que los artículos 1767 del Código Civil y 91, 92 y 93 de la ley 153 de 1887, al establecer "que no se admitirá la prueba de testigos respecto a las obligaciones que han debido consignarse por escrito, ni para los actos o contratos de cosas que valgan más de $ 500.00, se hizo (sic) una excepción para aquellos casos en que hay un principio de prueba por escrito, es decir, un acto escrito del demandado, que haga verosímil el hecho litigioso. También hizo la salvedad en los casos en que haya sido imposible obtener una prueba escrita.

"La Corte en su sabiduría y con ese gran espíritu de amplitud y de equidad que siempre guía sus fallos, debe contemplar este aspecto para salvar el derecho lesionado del contratante de buena fe, y que por su imprevisión, ignorancia o malamente influenciado, no tuvo la precaución de hacer por escrito la contra-escritura o pacto secreto que salvaguardiara sus derechos .

"Por lo expuesto, el Tribunal quebrantó los artículos 1766, 1769 del C. C., 91, 92 y 93 de la ley 153 de 1887, al abstenerse de tener en cuenta las pruebas que se llevaron a los autos por las partes litigantes, so pretexto de no aparecer por escrito el acto oculto, y no tomar en todo su valor la

confesión del demandado, las declaraciones de los testigos y los indicios que de todas esas pruebas surgieron y que son suficientes para llevar al ánimo la convicción de la simulación de los precitados contratos. Especialmente quebrantó el Tribunal el último inciso del artículo 93 citado, por cuanto exigió la prueba escrita, no obstante que le fue imposible al demandante obtenerla del demandado, porque éste quiso aprovecharse dolosamente de las declaraciones que aparecen en las escrituras... También infringió el Tribunal el artículo 1767 del C. C. al aplicarlo en el presente litigio no siendo el caso de hacerlo".

En el capítulo III de la demanda de casación "Acción subsidiaria de nulidad", afirma que el Tribunal incurrió en errores de hecho, que aparecen de manifiesto en los autos, "al no reconocer en las posiciones absueltas por el demandado, en las declaraciones practicadas a solicitud de ambas partes; y en los indicios que aparecen de ese haz probatorio, los hechos demostrativos de la nulidad de los contratos a que se refieren las escrituras 15 y 16 de febrero de 1951, ante el notario de Pijao. El desconocimiento de tales pruebas en cuanto con ellas se demostraba el cúmulo de indicios de que se habló antes, y que el Tribunal se abstuvo de reconocer, llevaron a éste a absolver al demandado y negar la nulidad de los contratos".

Los errores de derecho los hace consistir el recurrente en que el Tribunal no reconoció y no dio carácter de plena prueba, para demostrar que el demandado Guillermo Ocampo no pagó de contado como se hizo constar en las escrituras, que el demandante ha continuado poseyendo los inmuebles como dueño y señor, y que el demandado en la fecha en que se firmaron las escrituras no tenía dinero para efectuar el pago de los $ 30.500.00 a las posiciones absueltas por el demandado y a las declaraciones de Gonzalo López, Salvador Ortiz, Arturo Henao y Fabio Llano "con lo cual se infringieron los artículos 1769, 1768 del C. C., 93 de la ley 153 de 1887, 661, 662, 665 y 697 del C. J., 604 y 606 ibidem.

"Todos estos errores de hecho y de derecho llevaron como consecuencia al Tribunal a violar la ley sustantiva y negar la súplica de la demanda sobre nulidad de los contratos.

"Violación de la ley sustantiva. El Tribunal violó los artículos 1740, 1741, 740, 742 del C. C. y 2º de la ley 50 de 1936, por errónea interpretación, al no estimar que los contratos mencionados eran nulos por falta de consentimiento, por no haber habido intención de transferir el dominio, ni precio, ya que no se hizo tal pago, como tántas veces se ha dicho anteriormente".

Consideraciones de la Corte

Se está en presencia de una demanda en la que se pide la declaratoria de simulación de los contratos de compraventa que aparecen de las escrituras números 15 y 16 de fecha 26 de febrero de 1951 de la notaría de Pijao; las únicas pruebas que el actor presentó al juicio, fueron las citadas escrituras; las posiciones que absolvió el demandado y un certificado del notario de Pijao, y la declaración de Fabio Llano; el demandado adujo los testimonios de Gonzalo López y de Salvador Ortiz. El Tribunal en la sentencia acusada parte de la base de que para probar la simulación, cuando ésta se alega por una de las partes que intervinieron en el contrato, esa parte debe presentar la contra-escritura, o el contrapacto escrito, o un principio de prueba por escrito, o la confesión de la contraparte, y que no puede aceptarse como prueba la testimonial, sino cuando es complementaria del principio de prueba por escrito. Si se trata de terceros afectados por la simulación, pueden hacer uso de toda la gama probatoria, y acudir al testimonio, la prueba pericial, la presunción, los indicios, etc.

Contra esta tesis fundamental de la sentencia se pronuncia el recurrente y en forma por demás confusa, dice que el Tribunal incurrió en evidente error de hecho al desestimar como pruebas y no analizar las declaraciones de testigos, las posiciones absueltas por el demandado y los indicios que de esos instrumentos se derivan.

Es decir: pretende el recurrente, por lo que parece, que acusa la sentencia porque el Tribunal no aceptó como demostrado el hecho de la simulación, cuando con las pruebas presentadas se acredita realmente ese hecho.

A esto se observa: El Código Civil en su artículo 1766, admite que el pacto contenido en una escritura pública puede ser alterado o modificado por virtud de escritos privados hechos por los contratantes, los que no producirán efectos contra terceros; y también pueden hacerse constar las alteraciones o modificaciones a lo pactado en la escritura pública que recoge el contrato, mediante otra escritura pública, la que no producirá efectos contra terceros cuando no se ha tomado nota de ella al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura. De esta disposición legal ha surgido la teoría de la simulación que está consagrada por la

jurisprudencia, simulación que puede ser alegada por cualquiera de las partes que intervinieron en el acto aparente, o por sus sucesores, o por terceros interesados en obtener la declaratoria de la simulación.

Pero no puede olvidarse que el artículo 1759 del mismo Código establece que las declaraciones que las partes hacen constar en un instrumento público hacen plena fe contra los declarantes, y que las obligaciones y descargos contenidos en el instrumento hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones y descargos por título universal o singular. Si se relacionan estos dos textos del Código Civil con las disposiciones de los artículos 91, 92 y 93 de la ley 157 de 1887, se ve claramente que el legislador ha querido rodear de todas las seguridades la seriedad y firmeza de los pactos que constan en escrituras públicas; ha permitido que si alguna de las partes o un tercero que tengan interés, pueda obtener judicialmente la declaratoria correspondiente a fin de hacer prevalecer el acto oculto sobre el que reza el contrato.

Pero como la estabilidad del orden social exige que los actos jurídicos celebrados entre personas capaces, sean tenidos por válidos, pues si las partes pudieran ampliamente y sin ninguna restricción decir que el acto no es válido alegando cualquiera pretendida intención de simular, esa estabilidad de orden social y económico quedaría completamente desvirtuada, la ley impone condiciones para que la simulación alegada por las partes o por sus sucesores, pueda demostrarse. Y una de tales condiciones, cuando la simulación se alega por quien intervino como contratante, consiste en que sólo se admite como prueba la contraescritura, o la confesión judicial del demandado o la prueba testimonial complementada por un principio de prueba por escrito que provenga del mismo.

Esto se deduce rectamente de las disposiciones citadas del Código Civil y de la ley 153 de 1887 en los artículos 91, 92 y 93

En el presente caso la simulación ha sido pedida por el contratante, que aparece como vendedor, y la razón que alega es la de que el contratante comprador lo engañó haciéndole creer que si no traspasaba el dominio de los bienes relacionados en las escrituras, corría el peligro de perderlos, porque le serían embargados por sus acreedores. Dice, también, que el demandado no le pagó el precio que el demandante afirma en las escrituras haber recibido de contado del comprador y a su satisfacción.

Para demostrar los hechos en que apoya la demanda, presenta como pruebas únicamente las posiciones que absolvió el demandado y las declaraciones de los testigos citados atrás.

No existe en el proceso la contraescritura ni el principio de prueba por escrito, y en cuanto a la confesión del demandado, se alega por el demandante que ella aparece de las posiciones que absolvió Guillermo Ocampo Rodas.

"El Tribunal examina con cuidado tanto las posiciones como las declaraciones de los testigos y concluye que de las primeras no se deduce que el demandado haya confesado los hechos que condujeran a la simulación, sino por el contrario, "en las posiciones absueltas por el demandado, éste no aceptó ninguna de las proposiciones esenciales que forman el interrogatorio..."

"El absolvente negó categóricamente que se hubiera valido de artimaña o engaño para influenciar a su vendedor a que le hiciera escritura de confianza, negó que no le hubiera pagado el precio y explicó dónde lo hizo, en presencia de quiénes y en qué clase de billetes, negó que se hubiera comprometido a devolver las escrituras, es decir, a otorgar a favor del vendedor nuevas escrituras de compra-venta de esos mismos bienes, y negó que no hubiera tenido en el momento del otorgamiento de los citados instrumentos dinero para pagar los precios. En consecuencia de las respuestas dadas por el demandado, no se derivó prueba a favor del demandante".

Entonces, el Tribunal sí examinó las respuestas que dio el demandado al absolver las posiciones y de tal examen concluye que no aparece la confesión de éste de donde pueda deducirse que haya reconocido que los contratos fueron simulados. Vale decir que el Tribunal no encontró en el proceso la confesión del demandado, y como además no existe ninguna prueba o principio de prueba por escrito proveniente de la parte demandada que sirva para establecer la simulación, el sentenciador, de acuerdo con lo dispuesto por la ley 153 de 1887, no podía considerar las simples declaraciones de los testigos, por no ser este medio de prueba aceptable en el caso del pleito.

En la apreciación que el Tribunal hace de las posiciones absueltas por el demandado, no se advierte que se hubiera incurrido en evidente error al estimarlas como inconducentes a las pretensiones del demandante, y por lo mismo la conclusión del sentenciador es intocable en casación, porque ella entra dentro de la libertad que tiene

para estimar las pruebas, la que sólo está limitada en el caso de que aparezca de bulto una apreciación que pugne con la evidencia de las cosas.

No cometió, pues, el Tribunal error de hecho, porque ni desconoció o pasó por alto las declaraciones hechas por el demandado en posiciones, ni les dio a éstas una interpretación absurda, sino al contrario, la natural y lógica, dados los términos de las respuestas. Ni cometió error de derecho porque no desconoció a las pruebas que examinó el valor que les otorga la ley, ni violó las disposiciones sustantivas aplicables al caso en forma alguna, pues la sentencia se ajusta a las prescripciones legales. No encontró el Tribunal demostrado, de ningún modo, el hecho de la simulación, y por lo mismo obró rectamente al declarar que tal simulación no puede prosperar en la presente acción.

Se advierte que es inconducente en casación pretender revisar el debate probatorio, como lo pretende el recurrente, pues la Corte ha dicho que "el Tribunal es soberano en la apreciación de las pruebas, más aún respecto de aquellas que sólo entrañan la comprobación de indicios. La Corte tiene que respetar tal apreciación, porque el recurso de casación no se dirige a la revisión del pleito o de la controversia planteada en las dos instancias, ni a provocar un nuevo análisis de las pruebas. El recurso de casación no es una tercera instancia, sino que se limita a examen de la sentencia recurrida en sus relaciones con la ley. Sólo cuando aparezca un error manifiesto en los autos, que envuelva una violación de la ley, o un error de derecho que implique ese mismo quebrantamiento, el recurso de casación prospera". (Ver, entre otras, sentencia de 28 de julio de 1950, G. J. Tomo LXVII, Pág. 120).

Por lo dicho, no prosperan los cargos contenidos en los capítulos I y II de la demanda de casación.

"Acción subsidiaria de nulidad". Dice el recurrente que el Tribunal incurrió en errores de hecho, que aparecen de manifiesto en los autos, al no reconocer que de las pruebas presentadas (posiciones, declaraciones de testigos, e indicios), surgen los hechos demostrativos de la nulidad de los contratos, y reproduce sus alegaciones formuladas para demostrar la simulación. El Tribunal, en este punto, vuelve sobre el análisis de las posiciones que absolvió el demandado y transcribe las respuestas dadas por los testigos López y Ortiz, citados por el demandado, las que no demuestran, en sentir del Tribunal, que la declaratoria de nulidad absoluta de los contratos por vicio del consentimiento y por carecer de objeto y causa real lícitas, esté establecida probatoriamente y por consiguiente tampoco puede declararla.

Ninguna prueba presentó el demandante para desvirtuar la validez de los contratos y por eso tiene razón el Tribunal al decir que "Manuel Antonio Ocampo Hererra no trajo ninguna prueba para demostrar su aserto".

No incurrió el Tribunal en los errores de derecho alegados por el recurrente, pues bien claro se ve en la sentencia que las pruebas presentadas fueron debidamente consideradas y estimadas, de acuerdo con la ley. Ni violó la sentencia los artículos 1740, 1741, 740 y 742 del Código Civil y 2º de la ley 50 de 1936, por interpretación errónea, pues no se demostró en el juicio ninguno de los factores que acarrean la nulidad de los contratos, ni se desvirtuaron las declaraciones que hizo el vendedor en las escrituras números quince y diez y seis de veintiseis de febrero de mil novecientos cincuenta y uno de la notaría de Pijao, ni aparece ninguna nulidad que hubiera debido declarar de oficio el Tribunal. Y si no probó el demandante sus afirmaciones, el Tribunal no podía fallar en sentido distinto del que lo hizo.

Además el cargo se refiere a errónea interpretación de las disposiciones citadas por el recurrente, pero de ellas no hace mención la sentencia. No se trataría de interpretación errónea sino de falta de aplicación, la que tampoco es conducente, porque el Tribunal aplicó al caso controvertido las disposiciones legales que son pertinentes.

Lo dicho es suficiente para declarar que no prosperan los cargos enunciados en el capítulo III de la demanda.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en sala de casación civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, No Casa la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, pronunciada el veintinueve (29) de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), en el juicio ordinario de Manuel Antonio Ocampo contra Guillermo Ocampo Rodas.

Las costas en el recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez.—Julio Pardo Dávila—Jorge Soto Soto, oficial mayor.

EL MANDATARIO JUDICIAL ACREDITADO PARA ACTUAR EN REPRESENTACION DE UNA DE LAS PARTES DURANTE EL JUICIO NO NECESITA FACULTAD EXPRESA PARA RECURRIR EN CASACION

Si de los términos del memorial-poder no se desprende que el mandato judicial sólo fue conferido para la actuación en las instancias, el apoderado puede recurrir en casación sin facultad expresa para ello.

La ley establece que "el recurso de casación se interpone por medio de escrito que la parte misma o SU APODERADO, dirige al Tribunal que haya pronunciado la sentencia de cuya invalidación se trata" (C. J., 522). Según este precepto, es persona hábil el mandatario judicial de la parte interesada. Todo apoderado judicial lleva la representación de su mandante dentro del juicio, sin otras limitaciones que las señaladas precisamente en la ley o en el título de procuración. Por regla general, el mandatario judicial ejerce dentro del proceso todos los derechos que corresponden a la persona de su poderdante para la defensa de sus intereses ante el Juez o Tribunal. El apoderado judicial puede proponer excepciones dilatorias o perentorias, pedir pruebas y contrapruebas, promover incidentes, recibir notificaciones, renunciar términos, interponer recursos, alegar por escrito u oralmente, etc. Para que el apoderado judicial no pueda ejercitar determinado derecho procesal que corresponda a su poderdante, se necesita que por disposición especial de la ley o por restricción en el mandato, esté inhabilitado para hacerlo. El Código Judicial, por ejemplo, establece en el numeral 3º del artículo 465, que no pueden desistir "los apoderados que no tengan facultad expresa para ello". También puede ocurrir que el mandante haya restringido expresamente las facultades de su apoderado judicial, como por ejemplo, cuando en el memorial-poder se haya dicho que el mandatario sólo se constituye para intervenir en primera o segunda instancia, o para alegar oralmente ante el Tribunal, o para actuar en determinada diligencia del juicio. La ley no exige en parte alguna que para ejercitar el recurso de casación el apoderado necesite facultad expresa. Por el contrario, la manera como está redactado el artículo 522 del C.J., antes citado, confirma el concepto de que el apoderado judicial goza de las facultades necesarias para interponerlo y representar a su poderdante ante la Corte en la etapa subsiguiente.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, catorce (14) de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955).

En el juicio ordinario de Alfonso U. Mendoza contra Enrique Castellanos, decidido en segunda instancia por sentencia del Tribunal Superior de Cartagena fechada el 26 de julio de 1955, el apoderado de la parte demandada interpuso en tiempo el recurso de casación, el cual fue concedido por el Tribunal en proveído del 29 de septiembre último.

Tanto ante el Tribunal como ante la Corte se ha objetado por el personero del actor la capacidad procesal del mandatario de Castellanos para la interposición del recurso extraordinario.

En el memorial suscrito por el demandado Enrique Castellanos y presentado personalmente por el mismo ante el Juzgado Civil del Circuito de Sincelejo, aquél confiere poder especial al doctor Juan Granados de la Hoz para su representación en el juicio. Y se dice en el título de procuración: "Además de las facultades necesarias para representarme en todo el juicio hasta la ejecución de la sentencia, mi apoderado tiene las de sustituir libremente este poder, recibir, transigir y desistir". (Cuad. principal de la actuación de primera instancia, folio 16).

El Dr. Granados de la Hoz delegó dicho poder en la persona del doctor Diógenes Arrieta Arrieta y en el escrito respectivo se dice que "la presente sustitución comprende la de todas las facultades que me fueron conferidas por el poderdante mencionado". (Cuad. de la actuación del Tribunal, folio 5).

El Tribunal consideró que "teniendo el sustituyente, poder para representar a Castellanos en todo el juicio, 'hasta la ejecución de la sentencia',

tenía también la facultad de interponer el recurso de casación, y que esta facultad fue transmitida al doctor Arrieta, al hacerle la aludida sustitución en los términos expresados".

Esta Sala encuentra acertada la decisión del Tribunal, porque de los términos del memorial-poder no se desprende que el mandato fuera conferido sólo para la actuación en las instancias, ya que se habla de la representación del demandado **"en todo el juicio"**, y porque la ley no requiere que se faculte expresamente al mandatario judicial para recurrir en casación, lo que sí se exigía en la ley de casación anterior al Código Judicial vigente.

El señor apoderado de la parte demandante invoca doctrinas de la Corte que no vienen al caso, pues ellas se refieren a la inadmisión del recurso interpuesto por apoderados facultados restrictivamente para intervenir en las instancias.

En proveído del 16 de febrero de 1954 dijo esta Sala:

"La ley establece que el recurso de casación se interpone por medio de escrito que la parte misma o SU APODERADO (subraya la Corte), dirige al Tribunal que haya pronunciado la sentencia de cuya invalidación se trata". (C. J., Art. 522). Según este precepto, es persona hábil el mandatario judicial de la parte interesada.

"Todo apoderado judicial lleva la representación de su mandante dentro del juicio, sin otras limitaciones que las señaladas precisamente en la ley o en el título de procuración. Por regla general, el mandatario judicial ejerce dentro del proceso todos los derechos que corresponden a la persona de su poderdante para la defensa de sus intereses ante el Juez o Tribunal. El apoderado judicial puede proponer excepciones dilatorias o perentorias, pedir pruebas y contrapruebas, promover incidentes, recibir notificaciones, renunciar términos, interponer recursos, alegar por escrito u oralmente, etc.

"Para que el apoderado judicial no pueda ejercitar determinado derecho procesal que corresponda a su poderdante, se necesita que por disposición especial de la ley o por restricción en el mandato, esté inhabilitado para hacerlo. El Código Judicial, por ejemplo, establece en el numeral 3º del artículo 465, que no pueden desistir 'los apoderados que no tengan facultad expresa para ello'. También puede ocurrir que el mandante haya restringido expresamente las facultades de su apoderado judicial, como por ejemplo cuando en el memorial-poder se haya dicho que el mandatario sólo se constituye para intervenir en primera o segunda instancia, o para alegar oralmente ante el Tribunal, o para actuar en determinada diligencia del juicio.

"La ley no exige en parte alguna que para ejercitar el recurso de casación el apoderado necesite facultad expresa. Por el contrario, la manera como está redactado el artículo 522 del C. J., antes citado, confirma el concepto de que el apoderado judicial goza de las facultades necesarias para interponerlo y representar a su poderdante ante la Corte, en la etapa subsiguiente".

Las razones expuestas son suficientes para declarar admisible el recurso y ordenar que continúe la tramitación legal correspondiente.

Notifíquese. Insértese en la Gaceta Judicial.

Manuel Barrera Parra.—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez.—Julio Pardo Dávila.—Jorge Soto Soto, Oficial Mayor.

LA ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA ADJETIVA, COMO CAUSAL DE NULIDAD PROCESAL Y MOTIVO DE CASACION. — PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO EN MATERIA DE MANDATO JUDICIAL. — DEMOSTRACION DE LA INEXISTENCIA DE LA PRUEBA PRINCIPAL DEL ESTADO CIVIL. — VIOLACION-MEDIO Y VIOLACION-FIN DE LA LEY. ETICA PROFESIONAL DEL ABOGADO

1.—Se reitera la doctrina de que la ilegitimidad de la personería adjetiva de una de las partes, no puede ser alegada en las instancias, como causal de nulidad, ni en el recurso extraordinario, como motivo de casación, "por el mismo representante cuyo título no ha sido conferido en debida forma o se ha encontrado deficiente".

2.—Dirigida una demanda contra Pedro, personalmente, y como representante legal de otro, la notificación de aquélla comprende las dos calidades, aun cuando al hacerla no se especifique, porque no habría razón para desarticular el libelo, ni para excluir una de tales calidades, siendo así que se demandó comprendiéndolas ambas.

3. — Principio de prueba por escrito, de acuerdo con el artículo 93 de la ley 153 de 1887, en orden a probar el mandato judicial, es la confesión hecha al absolver posiciones, de haberlo conferido, y también el memorial por medio del cual fue otorgado.

4.—Pactar un porcentaje del valor de los bienes que reciba el heredero, como honorario profesional correspondiente a la labor del procurador que logra la entrega de los bienes a su mandante, no implica cesión de parte alguna del derecho hereditario en ejercicio del cual se obtuvo la entrega: se trata de un simple factor de cálculo para liquidar el emolumento.

5.—Acerca de la inexistencia de la prueba principal del estado civil, si el sentenciador la consideró acreditada, su juicio al respecto no puede ser revisado en casación sino en razón del error de hecho en que hubiese incurrido al tener como demostrada la falta de la prueba principal, cuando no lo está.

6. — Se repite que en el terreno de los errores en la apreciación de las pruebas, no puede dejar de indicarse las disposiciones legales quebrantadas, de carácter sustantivo tocantes a la acción misma incoada, contra las cuales repercuta sustancialmente el error atinente a la prueba. La doctrina es constante: en el error DE DERECHO, en materia de pruebas, no basta la INFRACCION MEDIO, es menester probar la infracción final, definitiva y decisiva para casar el fallo, porque puede ocurrir que la violación-medio no conduzca a la violación de la ley sustantiva que configura la acción promovida o la excepción propuesta. Y de la misma manera, en el error de hecho: puede acontecer que no golpee en el fondo sustancial de la acción y entonces habrá sido ineficaz.

7.—Cuando el actor fija al daño causado un valor máximo, y la sentencia condena a más (ULTRAPETITA), hay incongruencia (causal segunda de casación).

8. — Faltan gravemente a la ética profesional los abogados que procuran obtener que a otros abogados se les revoquen los poderes, para lograrlos ellos; a lo cual no resta gravedad la circunstancia de no existir en Colombia organización alguna del gremio de abogados.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil B). — Bogotá, diciembre catorce de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

La Corte falla el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio ordinario del doctor Néstor Castro contra la señora Rosa Castrillón y fechada el 7 de marzo de 1955.

CAPITULO PRIMERO

Los antecedentes

1.—Néstor Castro demandó a Rosa Castrillón ante el Juez Civil del Circuito de Jericó, de aquel Distrito Judicial, para que se hagan estas declaraciones:

"1ª—Que la señora Rosa o Rosana Castrillón, personalmente y como madre de los menores Javier o Gabriel, Jorge Alonso, Cruz Marina y Juan de la Cruz Puerta o Castrillón, en forma solidaria, lo mismo que los indicados menores personalmente y en forma solidaria con su madre, me deben la suma de trece mil pesos m. l. ($ 13.000.00) correspondientes al treinta y cinco por ciento de los honorarios pactados según lo dicho en la parte expositiva de esta demanda.

"2ª—Que esta suma me la deben pagar en forma solidaria, los demandados, al día siguiente de ejecutoriado el fallo que ponga fin a este juicio, en Jericó (Ant.).

"Subsidiariamente. — Que los demandados en forma solidaria y personal me deben pagar en Jericó (Ant.), al día siguiente de ejecutoriado el fallo que ponga fin a este juicio, la suma que corresponda a mis honorarios merced al contrato de mandato celebrado con la señora Rosa o Rosana Castrillón, para los fines expuestos en la parte motiva de esta demanda, suma que se fijará según dictamen pericial.

"3ª—Que en cualquiera de los casos anteriores que se acepte en el fallo, me pague las costas de este juicio si al ser notificado de esta demanda no está lista a reconocer la totalidad de lo que me debe la parte demandada".

2.—Alega que Rosa Castrillón le confió el encargo de seguir juicio ordinario de investigación de la paternidad natural, a nombre de los menores Gabriel o Javier, Jorge Alonso, Cruz Marina y Juan de la C. Castrillón, contra Raquel Gallego v. de Puerta, en su calidad de sucesora de Juan Puerta Z., a quien se atribuía la calidad de padre natural de aquéllos; que en ejecución del encargo adelantó el juicio correspondiente y sufragó los gastos que ocasionó, hasta obtener sentencia por medio de la cual se hizo la declaración de paternidad solicitada; que cuando trató de continuar las gestiones para hacer efectivos los derechos hereditarios de los menores, Rosa Castrillón se negó a ello, habiendo conferido mandato a otro abogado con el mismo objeto, razón por la cual la mandante violó el contrato celebrado; y que según el mismo, Rosa Castrillón se obligó a pagarle, personalmente y como madre de los menores, el 35% del valor de los bienes que éstos recibiesen por razón de sus derechos en la sucesión de su padre natural.

3.—El apoderado de la demandada se opuso a lo pedido, sin negar ni afirmar los hechos. En sentencia de 25 de octubre de 1954, el Juzgado del conocimiento declaró establecida la excepción de petición antes de tiempo y absolvió a la parte demandada.

4.—El Tribunal de la segunda instancia y en virtud de apelación interpuesta por el actor, resolvió:

"Primero.—Declárase que la señora Rosa o Rosana Castrillón y sus menores hijos Gabriel o Javier de Jesús Jorge Alonso, Cruz Marina y Juan de la Cruz Castrillón deben al actor Néstor Castro, en dinero, el valor del treinta y cinco por ciento (35%) de los bienes que a dichos menores correspondan en la sucesión de su padre natural señor Juan de la Cruz Puerta.

"Segundo.—La expresada cantidad la pagarán los deudores tres días después de la ejecutoria de la sentencia por la cual se apruebe la partición y adjudicación de los bienes en el juicio de sucesión de dicho señor Puerta, pago que harán en el Municipio de Jericó.

"Sin costas".

5.—Interpuesta la casación por la demandada, y tramitado el recurso, la Corte procede a decidir.

CAPITULO SEGUNDO

La casación: Causales y cargos

Causal sexta

Apoyándose en la causal sexta de casación, alega el recurrente la ilegitimidad de la personería adjetiva de la parte demandada, comoquiera que la representación legal que ha ejercido Rosa Castrillón, como madre natural de los menores demandados, no está probada respecto de Jorge Alonso y Cruz Marina Castrillón, ya que, nacidos bajo el imperio de la ley 92 de 1938, no se trajeron a los autos las partidas notariales de nacimiento, sino las de origen eclesiástico; como tampoco respecto de Gabriel de Jesús y Juan de la Cruz Castrillón, ya que nacido el primero antes de la vigencia de dicha ley y el segundo después y no obstante hallarse bien establecido el

estado civil de los mismos, sucede que al notificarse Rosa Castrillón del auto admisorio de la demanda y del libelo, lo hizo en su propio nombre, "sin investidura de ninguna clase que la acreditara como representante de aquéllos".

Se considera:

1º—El cargo, en cuanto se refiere a los hijos de Rosa Castrillón, nacidos bajo la vigencia de la ley 92 de 1938 y respecto de los cuales no se adujo el acta notarial de nacimiento, no es admisible, porque de acuerdo con reiterada doctrina de la Corte, la ilegitimidad de la personería adjetiva de una de las partes, no puede ser alegada en las instancias, como causal de nulidad, ni en el recurso extraordinario, como motivo de casación "por el mismo representante cuyo título no ha sido conferido en debida forma o se ha encontrado deficiente". (V. casaciones de 9 de mayo de 1938, XLVI, 424 y de 8 de abril de 1949, LXV, 668). Dice la primera de estas sentencias:

"Así las cosas, observa la Corte que la personería de la parte demandada, cualquiera que sea el fundamento del vicio alegado, no puede ser impugnada por el mismo personero en quien se hace residir la ilegitimidad de la representación, porque resulta improcedente y contradictorio el uso de la propia ilegitimidad para pretender producir dentro del pleito un resultado de tanta trascendencia como es la invalidación de lo actuado. La nulidad por ilegitimidad de la personería no puede ser propuesta con eficacia legal por cualquiera de las personas que intervienen en un litigio judicial; la razón jurídica de esta causal general de nulidad, que no es otra que la violación del derecho de defensa, circunscribe el interés indispensable para pedirla a la persona o parte que no haya estado debidamente representada en el juicio. Ilógico cuando menos sería aceptar interés legal para tal pedimento en quien, según su propia alegación y dicho, ha usado ilegítimamente la representación judicial. Si quien pide la nulidad por mala representación no es representante, no puede pedirla ni obtenerla, y si ha sido legalmente el representante, no hay lugar a declararla. La parte interesada en la nulidad, la que sí estuvo indebidamente representada en el pleito, tiene caminos legales para poner a salvo sus derechos al frente de una sentencia producida en un juicio en que no tuvo forma ni oportunidad de asumir su defensa (artículo 457 del C. J.). Si el personero ilegítimo carece de derecho para pedir la reposición de lo actuado durante los grados del juicio, menos habrá de reconocérsele tal facultad o capacidad para aducir su propio vicio como causal de anulación de lo actuado con ocasión del recurso extraordinario de casación. La alegación de este motivo no es legítima ni puede prosperar si no procede de la parte mal representada".

2º—En relación con los demás menores, como respecto de todos ellos, la notificación que se le hizo a Rosa Castrillón (f. 4, c. 1º), comprendió su doble carácter personal y de representante de sus hijos, ya que al notificársele un libelo en que se le demanda en las dos calidades, no es fundado desarticularlas para aceptar la una y rechazar la otra.

No se acoge, por tanto el cargo.

CAUSAL PRIMERA

Con fundamento en la causal primera de casación formula cinco cargos.

Primer cargo

Consiste en error de hecho en la apreciación de algunas pruebas, con infracción de los artículos 604, 607 y 609 del C. J., 1505 y 1507 del C. C., ya que no hay prueba en el juicio del monto o cuantía de los honorarios, pues la declaración de Francisco García, no puede estimarse como confesión de Rosa Castrillón.

Se considera:

La sentencia estima probado el encargo hecho por aquélla al abogado Castro, por unos emolumentos equivalentes al 35% de los bienes que los menores recibieron en la sucesión de su padre. Dice así:

"En concepto de la Sala, el contrato de mandato y su remuneración a cuota-litis con el treinta y cinco por ciento (35%) de lo que se obtuviera como consecuencia de los trabajos que realizara el abogado, están plenamente establecidos, como va a verse.

"Al contestar el postulado segundo de un pliego de posiciones que la señora Castrillón absolvió extrajudicialmente, dijo:

"Yo no contraté directamente con el doctor Néstor Castro el juicio de filiación natural de mis hijos Sé que a nombre mío estuvo contra-

tando con el doctor Castro la prosecución del negocio dicho el señor Francisco García, a quien yo autoricé para ese arreglo con Castro; sé igualmente que ese arreglo se hizo con él, pero yo no recuerdo en este momento por cuánto fue el porcentaje".

"El señor Francisco García, recomendado de la señora Castrillón para contratar con el doctor Castro, en declaración rendida en el juicio, se expresa así:

"A la letra b) expresó que es verdad que autorizado plenamente por la señora Rosa o Rosana Castrillón, quien suscribió debidamente un poder con tal fin, yo le confié al citado doctor Castro, a nombre de ella, la iniciación y prosecución de un juicio de filiación natural que debía promoverse en contra de Raquel Gallego para establecer dentro de dicho juicio la filiación natural de unos hijos de la mencionada Rosana Castrillón, siendo condición del contrato la de dar al doctor Castro el valor de un treinta y cinco por ciento de lo que sacara con motivo de la declaratoria de filiación natural".

"Desglosado del juicio de filiación, se trajo al expediente el escrito por el cual la señora Rosa Castrillón, a nombre de sus hijos confirió poder al doctor Castro para que en representación de ellos lo propusiera contra la señora Raquel Gallego v. de Puerta, poder que el demandante ejerció hasta que esta Corporación pronunció la sentencia de segundo grado, por la cual fue declarada la filiación de los nombrados menores, sentencia, que en copia, también obra en el juicio y que ya está ejecutoriada.

"El mandato, en principio es un contrato consensual, ya que, según el artículo 2149 del C. C., el encargo objeto de él 'puede hacerse por escritura pública o privada, por carta, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra'. Ahora, la confesión de la señora Castrillón de haber recomendado al señor Francisco García para que celebrara el contrato; lo expuesto por éste, de que como mandatario de ella lo cumplió con el doctor Castro, mediante una remuneración del treinta y cinco por ciento (35%), unido a la prueba escrita de que se habló en el aparte anterior, prueban fehacientemente la procuración y los emolumentos que debía percibir el mandatario".

Según los apartes transcritos, la prueba del mandato y del monto de los honorarios, se halla, primero, en la confesión de Rosa Castrillón, de haber autorizado a Francisco García para contratar con el abogado; segundo, en la declaración de García, de haber pactado con aquél, sobre el encargo de llevar adelante los juicios que fuere menester introducir para hacer efectivos los derechos de los hijos de Juan de la Cruz Puerta, y sobre la cuota del 35% que como honorarios se le pagaría al recibir los menores los bienes de la herencia; y tercero, en el memorial que contiene el poder conferido por la Castrillón al abogado Castro, poder que éste ejerció hasta obtener sentencia ejecutoriada de segunda instancia, y la sentencia misma, en la cual les fue reconocido a los hijos de Rosa, el carácter de hijos naturales de Juan de la Cruz Puerta.

Dicha estimación del Tribunal no adolece de error de hecho. El Tribunal infiere de tales pruebas la demostración del encargo y la cuota de honorarios, y su convicción sobre puntos de hecho, es invulnerable en casación, a causa de la potestad discrecional de que goza el juzgador de instancia, a menos que en ejercicio de esa potestad se ponga en pugna con la evidencia de los hechos, desconociéndolos, hallándose probados, o admitiéndolos sin estar probados.

El fallo no le da al testimonio de García el mérito de confesión de la demandada Castrillón, en lo tocante al monto de los honorarios. El recurrente afirma, sin embargo, que la sentencia le atribuye tal mérito, y sobre ese supuesto carga contra ella por infracción de los textos legales que contemplan la confesión hecha por medio de apoderado. El Tribunal —se repite— funda su apreciación, y de consiguiente, la convicción referida, en aquellas pruebas, vistas en conjunto, relacionadas entre sí en el grado de conexión y apoyo recíproco que juzgó conveniente, y ello no contraría la evidencia de la verdad opuesta, es decir, la de que de tales pruebas lo único que surge inconmovible e incontrastable, es que ni hubo mandato, ni se pactó honorario alguno, por intermedio de García.

En consecuencia, no procede el cargo.

Segundo cargo

Consiste en la violación de los artículos 91, 92 y 93 de la ley 153 de 1887, sobre restricción de la prueba testifical, por no haberlos aplicado al caso del pleito.

Según el cargo, como la declaración de García no tiene sino el valor de un testimonio, carece, por tanto, de mérito para probar una obligación

de más de quinientos pesos, de acuerdo con el juego de la prueba de testigos, en materia de obligaciones de esa cuantía, razón por la cual la sentencia incurre, por este lado, en error de derecho, al atribuír mérito a una sola declaración; y por otro, también lo comete de hecho, al dar por acreditado el principio de prueba por escrito que exigen los preceptos de la ley 153.

Se considera:

No existe el error de derecho, porque la prueba del mandato y de la cuantía del emolumento, no consiste sólo en la declaración de García, sino también en la confesión de la Castrillón, en el poder que al abogado le fue conferido y en la sentencia obtenida en el juicio de investigación de la paternidad natural, seguido en ejercicio o ejecución del mandato.

Se trata, ciertamente, de un testimonio, pero no aislado, ni con el valor de prueba única; sino de un elemento demostrativo que, con los otros, compone la prueba que el Tribunal halló suficiente para acreditar el mandato y la cuota de honorarios. Sin fincar la sentencia en tal testimonio pretensión de asumir todo el valor necesario para demostrar estos hechos, el cargo de error de derecho carece de todo fundamento.

No ocurre tampoco el **de hecho**, por haber visto en autos un principio de prueba que realmente no existe, porque tal principio, si el caso ha de situarse en los textos de la ley 153, se encuentra en la confesión de Rosa Castrillón y en el memorial suscrito por la misma, por medio del cual le confirió poder al abogado. Mas, no se trata del caso contemplado en tales disposiciones. La sentencia no lo sitúa en ellas. Porque no se trata de **pruebas de testigos** para demostrar una obligación de más de quinientos pesos, sino de una prueba en que figure un testigo, pero a la vez una confesión de la parte obligada, un poder por ésta conferido al acreedor y un fallo definitivo de filiación natural, dictado en el juicio incoado en ejecución del mandato.

De consiguiente, no se acoge el cargo.

Tercer cargo

Consiste en la violación, por no haberlos aplicado al pleito, de los artículos 28 de la ley 32 de 1918, y 303 y 1857 del C. C., por cuanto la cesión del 35% de los derechos hereditarios, en pago de los emolumentos profesionales, debió efectuarse por medio de escritura pública.

El cargo carece totalmente de apoyo en el proceso, ya que no se trata de cesión de derechos de herencia, sino de pagar unos honorarios equivalentes al 35% del valor de los bienes que los menores llegasen a recibir en la mortuoria de su padre, en razón de sus derechos hereditarios, de tal suerte que el dicho porcentaje no es sino un simple elemento para calcular los honorarios.

Lo cual es suficiente para no acoger el cargo.

Cuarto cargo

Este cargo es sustancialmente el mismo que fue formulado con base en la causal 6ª de casación, y consiste en la infracción de los artículos 18 y 19 de la ley 92 de 1938 y 395 del C. C., en relación con la prueba del estado civil de los menores Jorge Alonso y Cruz Marina Castrillón, respecto de los cuales, habiendo nacido bajo el imperio de aquella ley, no aparecen las actas notariales de nacimiento, sino las de origen eclesiástico.

Se considera:

No es procedente el cargo, por estas razones:

1ª—No puede acusarse una sentencia, a la vez por error de hecho y de derecho, como acontece ahora: "De consiguiente, el Tribunal al decidir el pleito, sobre la base de la existencia de estas pruebas, infringió no solamente los artículos 18 y 19 de la ley 92 de 1938, sino también el 395 del Código Civil, infracción que se perpetró bajo el concepto de falta de aplicación del primero, de aplicación indebida del segundo, habiendo sido infringido el tercero bajo este último concepto. Y todo ello a consecuencia de la comisión de errores **de hecho y de derecho** que aparecen en forma evidente de los autos". De esta suerte, no es fácil saber si en verdad la acusación consiste en haber atribuído a la prueba el valor que no tiene, o en haber visto en el proceso o en la prueba misma, lo que no existe.

2ª—En el campo del error de derecho, afirma el recurrente que el fallo otorga a las actas parroquiales el valor de pruebas principales del estado civil, siendo así que sólo tienen un valor supletorio, y cita como quebrantados los artículos 18 y 19 de la ley 92 de 1938 y 395 del C. C.

El primero de estos preceptos señala a las actas notariales el mérito de pruebas principales

del estado civil; el segundo admite las actas parroquiales, así como otros documentos auténticos y declaraciones de testigos presenciales de los hechos constitutivos del estado civil, como pruebas supletorias del mismo, y en defecto de estas pruebas, la posesión notoria del estado civil; y el tercero, o sea el 395 del C. C., subrogado por el 19 de la ley que agregó lo concerniente al nuevo valor supletorio de las actas parroquiales.

Lo único que surge indudable en estas disposiciones, citadas como conformadoras del error de derecho de que se acusa el fallo, por haber aceptado las copias de las partidas de origen eclesiástico, es que las correspondientes a los nombrados menores tienen el carácter de pruebas supletorias de su estado civil de hijos naturales de Rosa Castrillón. Mas, no basta esto para configurar el error de derecho, ya que la prueba supletoria está llamada a probar también el estado civil. "La falta de los respectivos documentos del estado civil podrá suplirse", dice el artículo 19 de la citada ley 92; de donde se infiere que sólo cuando faltan las pruebas principales, es cuando las subsidiarias entran a obrar, pero el papel de unas y de otras es probar el estado civil.

Ahora bien: acerca de la demostración de la inexistencia de la prueba principal, si el sentenciador la consideró acreditada, su juicio al respecto no podría ser revisada en casación sino en razón del error de hecho en que hubiese incurrido al tener como demostrada la falta de la prueba principal, cuando no lo está, y es de advertir que el recurso no ataca la sentencia por este flanco, motivo por el cual no puede considerarse el cargo.

3ª—En el mismo terreno del error de derecho alegado, y también en el de hecho, que invoca igualmente el recurrente, es de observar que fuera de las disposiciones legales citadas como infringidas, no se menciona ningún texto de carácter sustantivo tocante a la acción misma incoada, contra el cual repercuta sustancialmente el error atinente a la prueba. En este punto la doctrina es constante: en el error de derecho, en materia de pruebas, no basta la infracción medio, es menester probar la infracción final, definitiva y decisiva para casar el fallo, porque puede ocurrir que la violación-medio no conduzca a la violación de la ley sustantiva que configura la acción promovida o la excepción propuesta. Y de la misma manera, en el error de hecho: puede acontecer que no golpee en el fondo sustancial de la acción y entonces habrá sido ineficaz.

De tal suerte que en el supuesto de existir la infracción-medio de los preceptos legales citados no indica el recurrente qué disposiciones relativas al fondo del negocio o de la acción, fueron violadas a causa del error de derecho o de hecho de tal manera que no pueda quedar en pie la sentencia.

Por lo cual no puede acogerse el cargo.

Quinto cargo

En este último cargo se involucran distintos motivos con apoyo en la causal primera: uno enderezado a obtener la infirmación del fallo. por haber condenado a más de lo pedido, con la infracción del artículo 471 del C. J.; y otro, por violación de los artículos 1494, 1495 y 1518 del C. C.

1º—La primera parte de la acusación se formula por error en la interpretación de la demanda. "En efecto —dice— al examinarse la parte petitoria de la demanda que el actor divide en dos puntos, principal el uno y subsidiario el otro, para luégo hacer una comparación con lo que el Tribunal decidió en la sentencia que es materia del recurso, salta a la luz meridiana la carencia de consonancia entre estos dos extremos, porque en verdad que el Tribunal, poniéndose en conflicto con el precepto que se cita como infringido, se excede en la sentencia acusada, decretando en favor de la parte demandante una pretensión que rebasa las aspiraciones de ésta, no obstante no haberse salido el Tribunal de la órbita del pleito, motivo por el cual, justamente, no procede en el presente caso la causal segunda de casación, pues la sentencia que constituye un fallo ultrapetita, no da base para considerarla como incongruente".

Y agrega:

"Porque en efecto, cuando el demandante formula en su petición principal una súplica por la cantidad de $ 13.000.00 como correspondiente al 35% de lo que iban a recoger los menores en la sucesión de su padre natural, y en la subsidiaria simplemente el 35% de esa misma masa herencial, el fallador, estando como está demostrado que ese porcentaje excede de la cifra pedida en la petición principal, excedió las aspiraciones del actor cuando decretó la subsidiaria, ya que frente a determinadas piezas probatorias que obran en el proceso, el guarismo que puede concretarse con la subsidiaria pasa en muchos unidades, la

cantidad de $ 13.000.00 en que la demanda estimó la acción.

"Indudablemente en estas condiciones, la sentencia no está en consonancia con las súplicas de la demanda, plantea como ya se dijo el problema de un fallo ultrapetita, cuyas consecuencias se extienden, para vulnerarlo, en el cuasi-contrato de **litis-contestatio**".

Se considera:

El actor fijó en la petición principal de su demanda, como límite de su pretensión, la suma de $ 13.000.00, correspondiente al treinta y cinco por ciento pactado como honorarios. La sentencia condena a pagar, no esta cantidad, sino el 35% del valor de los bienes que a los menores correspondan en la sucesión de su padre natural, según la estimación que de tales bienes aparezca en la adjudicación que se haga en el juicio mortuorio. "Siendo esa adjudicación —dice el fallo— de bienes a los menores, la base insustituíble para fijar la cuantía de lo que debe pagarse al demandante, es forzoso rechazar el avalúo que de la obligación hicieron peritos en este juicio sin tener ni poder tener en cuenta, por no estar aún confeccionadas, las hijuelas de adjudicación.

No hay incongruencia entre la decisión y la demanda, porque lo pedido subsidiariamente es el 35% de los bienes que los menores reciban, y porque este porcentaje no podrá en ningún caso exceder de la cuantía de $ 13.000.00, señalada como máximo por el actor en su petición principal, según doctrina jurisprudencial reiterada.

Más, tampoco se ve la procedencia de la causal primera de casación, por quebrantamiento del artículo 471 del C. J., ya que de existir falta de armonía entre lo pedido y lo sentenciado, en forma que se condene ultrapetita, se trataría en todo caso de la causal segunda de casación. La cita de la casación de 28 de abril de 1928 (XLVIII, 75) no es pertinente, porque no contempla un problema de inconsonancia, sino de personería, sujeto al ámbito de la causal primera

2º—Consiste, por último, este motivo de casación, en la violación de los artículos 1494, 1495 y 1518 del C. C., por cuanto en la cesión de los **derechos hereditarios** no se cumplieron los requisitos exigidos por la ley para su validez: licencia judicial, subasta pública, instrumento público y el registro de éste.

El punto concerniente a la naturaleza del contrato, no fue materia de acusación. El Tribunal no la considera como cesión de derechos hereditarios. Por lo tanto, golpea en el vacío el cargo que señala normas, como infringidas, partiendo de la base de una cesión de derechos de herencia.

Lo cual es suficiente para rechazar la acusación.

La Sala hace dos observaciones antes de cerrar este fallo:

1ª—Hay sospechas de que la conducta de Rosa Castrillón, persona sumamente ignorante, al negarse a continuar con el mismo abogado que logró para sus hijos la declaración de que su padre natural fue Juan de la Cruz Puerta, declaración indispensable para el buen resultado de la acción de petición de herencia, se debió a procederes de abogados poco respetuosos de la ética profesional, en un país que carece en absoluto de organización del gremio de abogados, y por lo mismo, de control sobre el ejercicio de una profesión llamada a cooperar sustancialmente en la función del Estado, de dar a cada cual lo que le pertenece; y ,

2ª—Que al condenar en las costas del recurso, a la parte recurrente, no se incluirá en ellas honorario correspondiente al escrito del opositor, porque no es una respuesta a la demanda de casación, sino un alegato de instancia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil b), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha siete (7) de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio ordinario iniciado por Néstor Castro contra Rosa o Rosana Castrillón y otros.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y ejecutoriada devuélvase al Tribunal de origen.

Manuel Barrera Parra—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez—Julio Pardo Dávila—Jorge Soto Soto, Oficial Mayor.

LA NULIDAD PROCESAL EN EL JUICIO Y EN EL RECURSO DE CASACION. — ALCANCE DEL ARTICULO 3º DE LA LEY 60 DE 1916, SOBRE TIERRAS OCUPADAS POR INDIGENAS.—EFECTOS DE LA DECLARACION ADMNISTRATIVA SOBRE INEXISTENCIA DE UN RESGUARDO DE INDIGENAS (ARTICULO 14 DECRETO-LEY 1421 DE 1940).

1.—Declarada por el Tribunal la ejecutoria de una sentencia, en relación con uno de los apelantes, no hay lugar a la causal 7ª de casación, por haberes abstenido el Tribunal de fallar sobre lo concerniente a dicho apelante.

2.—La nulidad procesal (ordinal 3º, art. 448 C. J.), no puede ser alegada en el juicio, ni en casación (causal 6ª, artículo 520 C. J.), sino por la parte mal citada o emplazada.

3.—El artículo 3º de la ley 60 de 1916 no prohibe adjudicar a extraños, terrenos baldíos que hacían parte de Resguardos de indígenas declarados inexistentes por la Administración, de acuerdo con el artículo 14 del Decreto-ley número 1421 de 1940, siempre que esos extraños ocupen las tierras con cultivos o ganados (v. casación 30 septiembre 1955, LXXXI, 217).

4.—Es la ocupación el modo de adquirir las tierras baldías, según doctrina jurisprudencial anterior a 1936, refrendada ampliamente por el artículo 1º de al ley 200 de dicho año. Por tanto, de conformidad con el citado artículo 3º, ley 60 de 1916, no basta haber pertenecido a una parcialidad de indígenas, para tener derecho a la adjudicación de una parcela: es menester que sea poseída u ocupada con establecimiento ganadero o agrícola.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil B)—Bogotá, diciembre catorce de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R.)

La Corte falla el recurso de casación propuesto contra la sentencia del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, proferida con fecha 2 de diciembre de 1954, en el juicio de Otoniel Armero y Luis Jiménez contra Rosa Calvache Sapuyes.

CAPITULO PRIMERO

Antecedentes

1.—Rosa Calvache Sapuyes pidió se le adjudicaran como baldíos, dos lotes de terreno situados en el Municipio de Consacá, Departamento de Nariño, denominados "Casabamba" y "Guaico del Azufral".

A tal solicitud se opusieron, respectivamente, Otoniel Armero y Luis Jiménez, motivo por el cual se trabó el presente juicio, que en primera instancia fue desatado por el Juez 2º del Circuito de Pasto, en forma favorable a Armero, respecto al fundo "Casabamba", y desfavorable a Jiménez, en cuanto al terreno "Guaico del Azufral".

2.—Apelada esta sentencia por la solicitante-demandada y por el opositor Jiménez, se declaró ejecutoriada respecto de aquélla, por medio de providencia de 13 de agosto de 1954, por no haber suministrado el papel sellado de rigor para el repartimiento del expediente. Este auto se ejecutorió, de modo que la sentencia quedó excluída del recurso, en lo referente a la demandada Calvache S.

3.—El H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto decidió la apelación mediante sentencia de 2 de diciembre de 1954, así:

"Primero.—Luis Jiménez, mayor de edad, vecino del Municipio de Consacá, tiene mejor derecho que Rosa E. Calvache para continuar poseyendo la parcela denominada 'Guaico del Azufral', ubicada en el mismo Municipio y por estas lindes: 'por el oriente, con terrenos de Aparicio Arteaga, mojones de piedra por medio; por el norte, con predios de la señora María Carlosama, ceja de peña por medio; por el occidente, con terrenos de la misma señora María Carlosama y

Antonio Mingán, bordo por medio; y por el sur, con hacienda de la señora doña Mimí Guerrero de Díaz del Castillo, el río Azufral por medio'.

"Segundo.—Luis Jiménez, en su condición de colono cultivador, tiene mejor derecho que Rosa E. Calvache para que el Ministerio de Agricultura, a nombre del Estado Colombiano, le adjudique en propiedad el predio "Guaico del Azufral", por las lindes indicadas en la declaración anterior;

"Tercero.—Se absuelve a Luis Jiménez de todos los cargos de la demanda de reconvención, presentada por el apoderado de Rosa E. Calvache;

"Cuarto.—Sin costas en ninguna de las instancias".

4.—El apoderado de Rosa Calvache S. se alzó en casación contra este fallo; admitido el recurso, fue fundado en la debida oportunidad, y habiéndose agotado el procedimiento, la Corte pasa a resolver.

CAPITULO SEGUNDO

La casación: causales y cargos.

Primer cargo

Con apoyo en las causales sexta y séptima de casación este cargo comprende dos motivos: A) en relación con la causal séptima, uno referente al concepto del Tribunal, en razón del cual se abstuvo de revisar el fallo de primera instancia en lo que respecta al recurso interpuesto por la solicitante-demandada Rosa Calvache S.; y B) otro, referente a la causal sexta, tocante a la negativa dada por el Tribunal a la solicitud de declaratoria de nulidad, fundada en la circunstancia de no haberse notificado al Ministerio Público el auto de citación para sentencia.

Se considera:

A)

Con respecto al primero, el proceder del Tribunal se ajustó al auto fechado el 13 de agosto de 1954, por medio del cual se declaró ejecutoriada la sentencia de primer grado, en cuanto al recurso de Calvache S., y tal proveído quedó en firme. El sentenciador no podía menos de acomodar el juzgamiento a esa providencia, contra la cual la parte perjudicada no interpuso los recursos legales.

La causal séptima de casación consiste en haberse abstenido el sentenciador de conocer de un asunto de su competencia. Por lo mismo, no se refiere a los casos en los cuales tiene una línea predeterminada de conducta, sino a aquellos en que resuelve en la misma sentencia abstenerse de fallar. Cuando la sentencia se ha declarado ejecutoriada por medio de auto firme, en lo concerniente a uno de los apelantes, ya no se trata de asunto de la competencia del sentenciador, puesto que quedó por fuera de ella, en virtud de providencia que asumió el carácter de ley del proceso.

B)

Los motivos de nulidad que fundan la causal sexta de casación, lo ha dicho la Corte reiteradamente, no pueden ser alegados sino por la persona que ha sido mal citada o emplazada, de manera que en este caso no habría podido invocarla sino el agente del Ministerio Público, en el supuesto de que en verdad hubiese existido el motivo de nulidad señalado en el ordinal 3º del artículo 448 del C. J.

En consecuencia, se rechaza el cargo.

Segundo cargo

Con fundamento en la primera causal de casación, se acusa la sentencia de violar la ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida y errónea interpretación.

Por infracción directa

Tal forma de infracción se produce respecto de estas disposiciones:

a) El artículo 3º de la ley 60 de 1916, según el cual, no podrán adjudicarse los terrenos de la parcialidad a personas extrañas a la misma, ya que Luis Jiménez es persona extraña a la parcialidad de Consacá, y la sentencia declara que tiene mejor derecho que Rosa Calvache, a que le sea adjudicado el predio llamado "Guaico del Azufral".

b) El artículo 606 del C. J., por cuanto habiendo confesado Jiménez que no pertenecía al Resguardo de Consacá, el fallo desatiende esta confesión al reconocer a Jiménez mejor derecho a la adjudicación.

c) El artículo 632 del mismo código, que atribuye a los certificados de los funcionarios públicos, pleno valor probatorio, siendo así que el extendido por el Alcalde de Consacá demuestra que Jiménez no pertenecía a la dicha comunidad de indígenas, y sin embargo la sentencia hizo la declaración expresada en favor de Jiménez.

d) Los artículos 2322 y 2323 del C. C., las leyes 89 de 1890 y 19 de 1927 y el decreto-ley número 1421 de 1940, por cuanto la sentencia desconoce el hecho jurídico de la comunidad, ya que reconoce derecho prevaleciente a Luis Jiménez, a la adjudicación del fundo.

A)

1.—No quebranta el fallo el artículo 3º de la ley 60 de 1916, porque el tenor de esta disposición no es, como afirma el recurrente: "No podrán adjudicarse los terrenos de la parcialidad a personas extrañas a la misma", sino este: "Se prohibe la adjudicación de terrenos baldíos ocupados por indios". Lo cual significa que la prohibición se refiere a los terrenos **ocupados** por indios, y no a los no ocupados por ellos sino por personas extrañas a la parcialidad, que es lo que acontece en el caso de autos. La base de la prohibición radica en la ocupación, que es posesión, trabajo, vinculación del hombre al suelo: en una palabra, modo de adquirir la propiedad de tierras baldías, según doctrina de la Corte, sostenida en forma reiterada antes de la ley 200 de 1936 y confirmada definitivamente en el artículo 1º de este texto legal. Porque las **ocupadas** por indígenas, ya les pertenecían, en puro derecho, como que la ocupación se configura en los actos posesorios, materiales y positivos ejecutados sobre la tierra; no en el acto de la Administración que dice adjudicar baldíos y menos en la inspección de dicho acto en el Registro Público. Poseídos u ocupados los terrenos por los indígenas, quedaron al margen de toda adjudicación que no fuese a los ocupantes mismos, y por ello el artículo 3º de la ley citada, prohibe que se adjudiquen baldíos **ocupados** por indios, a personas extrañas. Pero, no prohibe la adjudicación a otras personas, cuando éstas sean los ocupantes o poseedores, como lo dijo la Corte en sentencia de casación de 30 de septiembre del año en curso (LXXXI, 217).

2.—Según la sentencia se demostraron dos hechos opuestos y correlativos: la falta de ocupación del fundo "Guaico del Azufral", por parte de Rosa Calvache. y la ocupación del mismo inmueble, por parte de Luis Jiménez.

En consecuencia, no siendo ocupante la primera, no tocaba con dicho predio la regla prohibitiva del artículo 3º. El recurso no ataca la apreciación del fallo, según la cual Rosa Calvache no poseía u ocupaba la parcela; ni tampoco la de ser, en cambio, Luis Jiménez, el poseedor, el ocupante. El ataque no podía hacerse sino en el campo de las pruebas, demostrando que en la estimación de ellas incurrió el juzgador en errores de hecho y de derecho. Pero, no se hizo, y por ello la **falta de ocupación**, por parte de la demandada, y la **ocupación**, por parte del opositor Jiménez, son hechos inconmovibles en este recurso.

3.—Que en el caso presente se trata de tierras baldías, no hay duda, de acuerdo con las Resoluciones números 29 de 5 de diciembre de 1950 y 32 de 7 de mayo de 1951, del Ministerio de Agricultura, por medio de las cuales se declaró que no existe el Resguardo de Indígenas de Consacá, que los terrenos comprendidos en él no habían salido del patrimonio del Estado, y que los indígenas podían pedir la adjudicación de los que ocupaban con cultivos o ganados.

Estas Resoluciones están en firme y fueron dictadas con apoyo en el artículo 14 del Decreto-ley número 1421 de 1940.

En síntesis: en tratándose de terrenos baldíos no ocupados por Rosa Calvache, sino por Luis Jiménez, persona extraña a la parcialidad, el derecho a la adjudicación pertenece al último, porque lo que estructura este derecho es la ocupación de las tierras.

B) y C)

El fallo no desatiende la confesión de Jiménez, ni tampoco el certificado del Alcalde de Consacá, sobre el carácter de aquél de persona extraña a la parcialidad de Consacá. Acepta, por el contrario, dicho carácter, el cual no obsta para que prefiera a Jiménez, por ser ocupante del fundo. Por lo demás, si de desestimar una prueba se trata, el cargo no se debe formular por infracción directa, sino indirecta, por error de hecho o de derecho en el tratamiento que haya dado el juzgador a determinada prueba.

D)

Habiendo declarado las Resoluciones números 29 de 5 de diciembre de 1950 y 32 de 7 de mayo

de 1951, que no existe el Resguardo de Consacá, que las tierras que comprende pertenecen al Estado y que los miembros de la parcialidad pueden solicitar la adjudicación de los terrenos que ocupan, el derecho de los indígenas depende esencialmente de la ocupación que hayan ejecutado sobre parcelas ciertas y determinadas; no de un derecho abstracto o de cuota vinculado a la totalidad de las tierras del Resguardo, que de esa suerte no existe; de modo que los que no hayan ocupado ninguna, carecen de todo derecho a ellas. Por ello las normas de los artículos 2322 y 2323 del C. C., sobre la comunidad universal o singular, carecen de sentido en este caso, y por ello es imposible que resulten infringidos por una sentencia que no hace sino reconocer la ley que niega a los indígenas la facultad de pedir la adjudicación de lo que no poseen, a la vez que la dispensa a los extraños en relación con lo que poseen.

Por lo demás, no es de recibo en casación el cargo por violación de toda una ley (la 89 de 1890, la 19 de 1927, el decreto-ley número 1421 de 1940).

Por lo cual el cargo por infracción directa no es aceptable.

Por aplicación indebida

Que el fallo aplica indebidamente los artículos 65 del Código Fiscal, 1º de la ley 34 de 1936 y 1º de la ley 97 de 1946, porque la parcela "Guaico del Azufral", no tiene el carácter de tierra baldía, pues cuando el Ministerio de Agricultura dictó las resoluciones números 29 de 5 de diciembre de 1950 y 32 de 7 de mayo de 1951, mediante las cuales se hizo la declaración de no haber salido el dominio de las tierras del patrimonio del Estado, ya la nombrada parcela pertenecía a Rosa Calvache, por adjudicación que le había hecho el Cabildo del Resguardo, después de haberla declarado vacante.

Se considera:

Si aquellas Resoluciones declararon que las tierras en referencia son baldías, nada significan los acuerdos sobre vacancia y adjudicación del fundo denominado "Guaico del Azufral"; y si en razón de tales Resoluciones, la sentencia reconoce a Luis Jiménez su carácter de ocupante, y por tanto, el derecho a que le sea adjudicada la parcela, la aplicación de aquellos preceptos legales apenas en consecuencia necesaria del carácter de baldíos atribuídos a las tierras de Consacá por actos administrativos que no han sido invalidados y de la calidad de ocupante de Luis Jiménez, calidad que —se repite— es un hecho inmodificable en este recurso, por no haber sido atacado en la forma única procedente.

No se acoge, en consecuencia, el cargo por aplicación indebida de los citados preceptos.

Por interpretación errónea

El cargo está concebido en términos vagos; no expresa con claridad cuáles son las disposiciones legales erróneamente interpretadas, a excepción del artículo 14 del Decreto número 74 de 1898, que da la definición de "parcialidad de indígenas" y respecto del cual, aun en el supuesto de una errónea interpretación, ésta no llegaría a influir en la casación, porque, fundada la sentencia en el hecho de la ocupación —efectuada por indígenas o por extraños— carece de importancia investigar sobre la constitución de la parcialidad de indígenas, desde el punto de vista de la raza o razas a que pertenezcan sus integrantes. El fallo, reproduciendo una sentencia del mismo Tribunal, dice al respecto:

"En varios errores incurre el apoderado en la anterior petición: En primer término, supone que la palabra **indígena** designa una raza, como la cobriza; pero no es así, porque, según el diccionario y la ley, significa 'originario del país de que se trata', como indígena de Nariño, del Cauca, etc.; la Parcialidad la forma el conjunto de indígenas que se hallan en los casos previstos en los artículos 1º, 2º y 3º de la ley 89 de 1890, sean ellos cobrizos, blancos, amarillos, etc.; a la Parcialidad, organismo administrativo, la representa el Cabildo, según el artículo 23 de la citada ley; y los resguardos se forman por un globo de terreno reservado expresamente, en virtud de un acto de la autoridad, con destino a una o más parcialidades de indígenas. En consecuencia, la ley 89 de 1890 no tiene por fin establecer una discriminación racista; y así, no tiene ninguna consecuencia jurídica el hecho de que Julio Arboleda pertenezca a la raza blanca o a cualquiera otra".

"Además, en la definición que de Parcialidad da el artículo 14 del Decreto 74 de 1898, no se encuentra como elemento determinante el perte-

necer a una determinada raza, sino que, los oriundos de una región dada, se hallen unidos por los vínculos de creencias, idioma, costumbres, etc., 'que posee una porción de terreno más o menos extensa y no interrumpida por terrenos de propiedad particular' ".

No procede, pues, el cargo de interpretación errónea.

Tercer cargo

Por último, se acusa la sentencia "por infracción directa de la ley sustantiva, en cuanto decidió sobre puntos que no fueron objeto de la controversia; pues, se puso a examinar sobre la legalidad o ilegalidad de los acuerdos del Cabildo, por los cuales declaró vacantes las parcelas a que se contrae esta demanda y las adjudicó a Rosa Calvache Sapuyes; y este punto no fue objeto de la demanda".

Se considera:

Formulado así el cargo, no se sabe si es "por infracción directa de la ley sustantiva", con apoyo en la causal primera de casación, o si por incongruencia "en cuanto decidió (el fallo) sobre puntos que no fueron objeto de la controversia", con fundamento en la causal segunda.

Mas, si fuere lo último, no existe la inconsonancia, porque los puntos a que se refiere el recurrente, conciernen al derecho y no a las peticiones del libelo ni a las excepciones. Y si fuere lo primero, esto es, infracción directa, no se ve la del artículo 94 del Decreto número 74 de 1898, porque sobre tal precepto, que dispone la reversión de las parcelas a los Cabildos, cuando éstas pertenecen a indígenas que fallecen sin dejar familia, y faculta a los Cabildos para adjudicarlas a otros indígenas, está el artículo 14 del Decreto-ley número 1421 de 1940, que ordena al Ministerio del ramo hacer la declaración de que un Resguardo de Indígenas no existe o ha dejado de existir, de acuerdo con las leyes, y fue así como en ejercicio de este mandato el Ministerio dictó las precitadas Resoluciones números 29 de 1950 y 31 de 1951, declarando que el Resguardo de Consacá carece de títulos, esto es, que no existe; que las tierras que comprende pertenecen al Estado y que de las ocupadas con cultivos o ganados pueden los poseedores pedir al Gobierno la correspondiente adjudicación, mas, no así respecto de las no ocupadas.

No prospera, por tanto, el último cargo.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, al descorrer el traslado de rigor en esta clase de negocios, pide que no se infirme el fallo y sintetiza así su autorizado concepto:

"A la luz de los anteriores principios, la Procuraduría estima que si uno de los pretendientes a la adjudicación alega y se funda únicamente en su inscripción como indígena en los censos de la Parcialidad, pero sin alegar ni demostrar la ocupación o cultivo de la parcela; y el otro, por el contrario, y a pesar de no estar inscrito en el censo de indígenas, apoya su solicitud en la posesión, ocupación y cultivo del terreno y así lo demuestra, es este último quien tiene el mejor derecho sobre el lote y la preferencia para que le sea adjudicado, porque las normas del Código Fiscal que reglamentan lo relativo a la adjudicación de terrenos baldíos están inspiradas primordialmente en la protección de los intereses y derechos de los colonos, cultivadores y ocupantes, en razón a que éstos, con su propia actividad, con su trabajo, se han vinculado estrechamente al terreno ocupado y lo han transformado, mejorado y explotado económicamente".

Resolución

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil b), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha dos (2) de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en el juicio ordinario de Otoniel Armero y Luis Jiménez contra Rosa Calvache Sapuyes.

Sin costas, por no aparecer causadas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y ejecutoriada devuélvase al Tribunal de origen.

Manuel Barrera Parra—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez—Julio Pardo Dávila—Jorge Soto Soto, Oficial Mayor.

ACCION REIVINDICATORIA. — LA SENTENCIA JUDICIAL APROBATORIA DE LA PARTICION EN LOS JUICIOS DIVISORIOS ES SIMPLEMENTE DECLARATIVA DE PROPIEDAD

Pertenecen a los títulos traslaticios de dominio las sentencias de adjudicación de los juicios divisorios y los actos legales de partición, puesto que el derecho de propiedad que el causahabiente recibe radicaba ya en cabeza del causante, y no se trata entonces de adquirir por modo originario, sino derivado: no de título constitutivo de dominio, sino traslaticio, según la expresión del Código Civil (artículo 765). La Corte señaló el alcance de este precepto en su sentencia de 31 de octubre de 1955, publicada en la GACETA JUDICIAL número 2159, pág. 502.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, diciembre catorce de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

Por escritura pública número 52, otorgada en la Notaría de Silvia el 16 de mayo de 1947, Sibilina Orozco protocolizó el juicio divisorio del predio denominado "Tumburao", en jurisdicción del mismo Municipio. Y aparece que decretada en 7 de mayo de 1943 la partición material por el Juez del Circuito, su providencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Popayán el 27 de septiembre de los mismos mes y año, con la adición de declarar a Manuel Saturnino Sandoval como subrogatario de los derechos que pudieran corresponder a Sibilina Orozco de Vidal y Carmen Vidal de Cardona sobre los lotes vendidos a aquél por las escrituras públicas 91 y 92 de 13 de agosto de 1939.

Figuran en calidad de comuneros en el acto de partición, Sibilina Orozco de Vidal, Bernabé Vidal N. y Carmen Vidal de Cardona. Se alude expresamente a lo resuelto por el Tribunal en el sentido de considerar a Manuel Saturnino Sandoval como subrogatario en aquellos derechos comprados por las escrituras 91 y 92; y es del mismo modo explícita la partición, cuando dice:

"Aunque la comunera Sibilina Orozco de Vidal es la que posee el mayor globo de tierras, es **imposible adjudicarle derechos en el potrero del 'Cementerio'**, debido a que dicho potrero queda en el extremo Sur del indiviso, y ella está posesionada con casa y mejoras, en la parte Norte del mismo, y por tal motivo el señor MANUEL SATURNINO SANDOVAL NO TIENE DERECHOS EN ESE PREDIO COMO SUBROGATARIO DE LA COMUNERA SIBILINA OROZCO DE VIDAL. El lote que comprende el potrero del 'Cementerio' le será ADJUDICADO AL DEMANDANTE BERNABE VIDAL N. conforme a los linderos que abajo se detallan y en la forma en que aparece en el plano general de la hacienda".

Aprobada la partición por el Juzgado del Circuito de Silvia en sentencia de 25 de febrero de 1947, ejecutoriada el 17 de marzo siguiente. se procedió a la entrega judicial por diligencia verificada el 10 de abril del mismo año de 1947, a la que asistieron Sibilina Orozco de Vidal, Jorge Enrique Vidal en representación de Bernabé Vidal N., Román Sandoval, María Sandoval, Plácida Tróchez viuda de Sandoval y Manuel Antonio Sandoval, "estos últimos —dice la diligencia— como actuales poseedores de algunos lotes radicados dentro de la finca de "Tumburao', comprados por su finado padre Manuel Saturnino Sandoval.

Da testimonio la misma diligencia de entrega que el Segundo Lote, correspondiente a Carmen Vidal de Cardona, subrogada por Manuel Saturnino Sandoval, fue recibido por "los poseedores actuales señores Plácida Tróchez v. de Sandoval, Román Sandoval Tróchez, Manuel Antonio Sandoval Tróchez y Ana María Sandoval Tróchez". Y agrega más adelante: "Para cumplir exactamente lo dispuesto por el H. Tribunal Superior de Popayán en su fallo de 27 de septiembre de 1943 en lo tocante a la enajenación hecha por doña Sibilina Orozco de Vidal conforme a escritura número 91 de 13 de agosto de 1939, se procedió a hacer entrega real y material a los señores Plácida Tróchez viuda de Sandoval, Román

Sandoval Tróchez, Manuel Antonio Sandoval Tróchez y señorita Ana María Sandoval Tróchez, actuales poseedores de los derechos del subrogatario señor Manuel Saturnino Sandoval (ya finado), y de común acuerdo con la citada señora Sibilina Orozco de Vidal y el señor Jorge Enrique Vidal, representante del adjudicatario Bernabé Vidal, para cuyo efecto tiene amplia autorización, se convino en hacer entrega real y material a los señores Sandoval Tróchez de los siguientes lotes que se segregan de los ya adjudicados.....".

Por último, convinieron los interesados en que la diligencia de entrega se considerara como parte integrante del trabajo de partición del indiviso de "Tumburao".

* * *

Con fundamento en que se le impidiera ejercer actos de dueño en el terreno de "El Cementerio" que le fue adjudicado en la antedicha partición, Bernabé Vidal instauró juicio reivindicatorio contra Plácida Tróchez v. de Sandoval, Román Sandoval Tróchez, Manuel Antonio Sandoval Tróchez y Ana María Sandoval Tróchez, proceso que fue resuelto en primera instancia el 21 de octubre de 1953 por el Juez del Circuito de Silvia, en fallo que despachó favorablemente las súplicas del actor.

Surtida la segunda instancia, por apelación de la parte demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, con fecha 31 de mayo de 1954, profirió sentencia confirmatoria, que es objeto del recurso de casación interpuesto ante la Corte por la misma parte demandada.

Dos cargos se formulan con apoyo en la causal 1ª, artículo 520 del Código Judicial, los que pasan al estudio en su orden:

Primer cargo

Se alega la infracción de los artículos 946, 950, 2512, 2518, 2521, 2522, 2527, 2528, 2529, 2531 y 2532 del Código Civil, extensiva a los artículos 762, 763, 764, 765, 768, 769, 770, 783, 786 y 789 ibidem; y la acusación se sustenta así:

"a) El Tribunal cometió error de hecho al no apreciar los testimonios de Misael Reyes, Arturo Rengifo, Florentino Vidal y Tito Rengifo, sobre los hechos constitutivos de la posesión material del lote de terreno El Cementerio por parte de Manuel Saturnino Sandoval, desde el 13 de agosto de 1939 hasta el 24 de abril de 1945, y por Román y Felipe Sandoval desde esta fecha hasta el 7 de diciembre de 1950 (fs. 10 a 14 c. 3).

"b) El Tribunal cometió error de hecho al no apreciar debidamente el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Silvia, de fecha 25 de agosto de 1951, en cuanto con este documento se establece la inscripción del dominio del inmueble de que se trata a favor de Ramón y Felipe Sandoval hasta el 7 de diciembre de 1950; y se declara, además, que los actuales poseedores inscritos son personas distintas a la persona del actor Bernabé Vidal (fs. 28 y 29, c. 3).

"c) El Tribunal cometió error de hecho al no apreciar debidamente la demanda, en cuanto por ella (hecho 4º) se confiesa y acepta la posesión material del inmueble de que se trata por parte de Sibilina Orozco de Vidal y Carmen Vidal en el año de 1939, personas éstas de quienes derivan su posesión material Manuel Saturnino Sandoval, primero, y después Román y Felipe Sandoval.

"d) El Tribunal cometió error de hecho al no apreciar debidamente la confesión del actor contenida en el alegato de primera instancia, sobre la identidad del inmueble a que se refiere la demanda y el poseído por Román Sandoval, que es uno de los demandados, cuando, entre otras cosas dice: 'Al vender Sibilina Orozco de Vidal ese lote de El Cementerio, creyó de buena fe que le correspondería ese lote en la división material...". (C. p., f. 43).

"e) El Tribunal cometió error de hecho al no apreciar debidamente el acto de partición material contenido en la escritura pública número 112 de 23 de octubre de 1929, otorgada ante el Notario Público del Circuito de Caldono, en cuanto por él se adjudicó a Sibilina Orozco de Vidal el lote o inmueble de que se trata, **con la intervención, conocimiento y consentimiento del demandante Bernabé Vidal.**

"f) Todos estos cinco errores de hecho son evidentes, aparecen de manifiesto en el proceso. En efecto:

"1º—Los testimonios a que se refiere el aparte a), ni siquiera se mencionan en la sentencia objeto del recurso.

"2º—Igual cosa sucede con el certificado a que se refiere el aparte b), al que apenas se hace alusión vaga cuando se dice: 'Los demás títulos invocados para fundar la excepción de prescripción son igualmente ineptos'.

"3º—La confesión contenida en la demanda, a

que se refiere el aparte c) no aparece estimada o desechada por el Tribunal en parte alguna de la sentencia, para relacionarla, como era indispensable, con la posesión de Manuel Saturnino Sandoval.

"4º—En cuanto a la identidad del lote de terreno a que se refiere el aparte d), el Tribunal la niega en absoluto.

"5º—En cuanto al acto de partición material, a que se refiere el aparte e), ni siquiera lo menciona el Tribunal.

"g) Todos estos errores de hecho, debidamente puntualizados, en conjunto y separadamente, condujeron al Tribunal a la violación de las normas sustantivas indicadas anteriormente, por cuanto: a) Se desconoce a los demandados su calidad de poseedores materiales del inmueble objeto de la reivindicación, entre ellos a Román Sandoval; b) Se desconoce a los demandados, igualmente, y entre ellos a Román Sandoval, su calidad de poseedores inscritos, la que, en todo caso corresponde a personas distintas de Bernabé Vidal; c) En consecuencia, se abstiene el Tribunal de reconocer a favor de los demandados, entre ellos Román Sandoval, la prescripción del dominio, bien la ordinaria o bien la extraordinaria, y en cambio, aceptando como poseedor inscrito al actor, le reconoce el dominio sobre el inmueble y dispone 'su restitución', y así, finalmente, confirma la sentencia de primer grado, o sea acepta, comprobados en juicio, los elementos esenciales de la acción reivindicatoria incoada".

Se considera:

El cargo, cuando alega prescripción adquisitiva del dominio por los demandados, discute la titularidad del actor, quien deduce su derecho para reivindicar de la citada escritura pública número 52 de 16 de mayo de 1947, Notaría de Silvia.

Pertenecen a los títulos traslaticios de dominio las sentencias de adjudicación en los juicios divisorios y los actos legales de partición, puesto que el derecho de propiedad que el causahabiente recibe, radicaba ya en cabeza del causante, y no se trata entonces de adquirir por modo originario, sino derivado; no de título constitutivo de dominio, sino traslaticio, según la expresión del Código Civil (artículo 765). La Corte señaló el alcance de este precepto en su sentencia del 31 de octubre de 1955, no publicada todavía en la GACETA JUDICIAL.

Comoquiera que "cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto, en todos los efectos que le hubieren cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión", el fenómeno de la trasmisión del dominio se verifica directamente del causante al asignatario, y la sentencia judicial aprobatoria de la partición, lejos de ser constitutiva, es simplemente declarativa de propiedad. Por ello, "si alguno de los coasignatarios ha enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos, se podrá proceder como en el caso de venta de cosa ajena". (Artículo 1401, ibidem).

Todos los partícipes del predio de "Tumburao", en que se enclava el potrero de "El Cementerio", encuentran titularidad en la mortuoria de Cerbeleón Orozco. Lo anterior significa entonces que hecha la partición del inmueble por ministerio de la justicia. y entregadas las porciones concretas e individualizadas, correspondientes a todos y cada uno de los comuneros, nunca tuvieron los mismos cosa distinta en la sucesión de Orozco. Y significa también que de ese origen común se desprenden los intereses recíprocos de las partes que se enfrentan en este litigio, y por manera concreta, de la referida escritura 52, así sea para la titularidad como para la prescripción que se invoca.

Es claro el derecho de Bernabé Vidal para reivindicar en sus relaciones con quienes forman la parte demandada, sin que prescripción alguna se haya consumado en contrario. Los hechos posesorios durante la indivisión y las enajenaciones efectuadas en ese entonces por otros de los partícipes, en nada le afectan, supuesto que en conformidad con el ordenamiento civil se reputa que jamás tuvieron parte alguna en lo que en definitiva le fue adjudicado a Bernabé Vidal, en juicio divisorio donde los ahora demandados también fueron parte, y quienes recibieron a su entera satisfacción y contentamiento las porciones que les fueron atribuídas, según aparece de la diligencia de entrega con que finalizaron aquellos trámites, cuya eficacia no ha sido invalidada.

Si con posterioridad los demandados han poseído y poseen terrenos comprendidos dentro de la hijuela de Bernabé Vidal, ese hecho no es otra cosa que elemento concurrente a demostrar otra de las condiciones de la acción reivindicatoria: la posesión del demandado. En esta materia es de observar que las personas de quienes se reivindica no adoptan en el proceso una postura definida. Pues como lo anota el Tribunal, no son

poseedores cuando alegan como dilatoria la ineptitud sustantiva de la demanda. Pero son poseedores cuando pretenden haber ganado por prescripción el dominio que se reivindica. Desestimada como fue aquella excepción, sólo queda en claro que los demandados poseen, pero sin lapso adecuado para el fenómeno adquisitivo, puesto que apenas data del 16 de mayo de 1947 cuando la partición judicial fue consumada con la aquiescencia expresa de Plácida Tróchez v. de Sandoval, Román Sandoval Tróchez, Manuel Antonio Sandoval Tróchez y Ana María Sandoval Tróchez, esto es, quienes integran la parte demandada en el presente debate.

El recurrente le atribuye al Tribunal numerosos errores de hecho. Pero no se detiene a rebatir las premisas en que se asienta el fallo de segunda instancia, ni a demostrar si aquellos alegados yerros son dirimentes del juicio del sentenciador, por cuanto de ello resultara la evidencia contraria a su decisión.

Para romper las bases del juzgamiento en la instancia, no es suficiente la cita de declaraciones de testigos sobre actos posesorios anteriores a la partición y entrega judiciales; aludir a certificado del Registro, que de suyo no prueba titularidad; a confesiones alegadas, cuya incidencia en el fallo no se demuestra; como tampoco invocar escritura de partición, que no es la del predio de "Tumburao" en su propia individualidad, sino atinente a las relaciones comunes de Sibilina Orozco y Aura Orozco, y conducente apenas a establecer el derecho de Sibilina con el carácter de comunera de la dicha heredad. Ni basta, en fin, invocar la prescripción con base en errores de hecho, sino que además se requiere demostrar de manera concluyente que es de notoria evidencia procesal la prescripción que se alega. Esa demostración no ha sido hecha y, por lo demás, carecería de base, según queda examinado.

Por lo cual la primera acusación no puede prosperar.

Segundo cargo

Consiste en alegar que el Tribunal menospreció la posesión material de los demandados cuando reconoció en favor de Bernabé Vidal posesión inscrita desde el año de 1890 y aptitud legal para reivindicar el inmueble de que se trata, con lo que se dicen quebrantados los artículos 759, 785, 980 y 2526 del Código Civil, por errónea interpretación e indebida aplicación al caso del pleito. El recurrente cita la reciente doctrina de la Corte (27 de abril de 1955) en el sentido de que la verdadera posesión es la material y no la inscrita, pero en el fondo del segundo cargo se encuentra el mismo contenido de la acusación sobre que versa el primero. Por lo cual es suficiente lo expuesto para rechazar también la segunda acusación.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán el 31 de mayo de 1954.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Manuel Barrera Parra—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez—Julio Pardo Dávila—Jorge Soto Soto, Oficial Mayor.

CAPACIDAD PARA SER PARTE DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS Y CAPACIDAD PROCESAL DE SUS REPRESENTANTES. — INTERPRETACION DEL CONTRATO EN MATERIA DE INSTRUMENTOS NEGOCIABLES

1.—Cuando una sociedad anónima comparece judicialmente como demandante o demandada, debe hallarse acreditado en el proceso tanto su existencia como persona jurídica (capacidad para ser parte), como la representación de quien actúa en su nombre (capacidad procesal). Los certificados expedidos por el Presidente y el Secretario de la Cámara de Comercio, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 y 41 de la Ley 28 de 1931, son la prueba adecuada para acreditar tales hechos.

2.—De conformidad con principios generalmente admitidos del Derecho Internacional Privado, las sociedades válidamente formadas en el extranjero deben gozar de vida extraterritorial, o sea, tener existencia en los demás países, sin reconocimiento oficial expreso. Las sociedades se forman como consecuencia natural de la libertad de asociación que no puede desconocerse en los demás países. "De acuerdo con nuestro sistema de Derecho Internacional Privado —ha dicho la Corte—, las sociedades extranjeras tienen capacidad para ser parte, tanto activa como pasiva, aun cuando su modo de constitución sea diferente del de las colombianas y su forma no corresponda a ninguna de las autorizadas por nuestro derecho positivo. Es suficiente que la ley nacional de su país de origen reconozca esas sociedades". (Casación, julio 16 de 1937, XLV, 314; Sala Civil de Unica Instancia, octubre 10 de 1939, XLVIII, 965).

3.—Para los efectos de la comparecencia en juicio de las sociedades extranjeras y, por lo tanto, de la prueba de su existencia y de la representación de quienes deben obrar por ellas, hay que distinguir entre las sociedades extranjeras que tengan o establezcan empresas o negocios de carácter permanente en Colombia, y las que sólo ejercitan actividades transitorias en el país. De acuerdo con la ley colombiana, las sociedades extranjeras que tengan o establezcan empresas o negocios de carácter permanente en el territorio nacional, deben protocolizar en la Notaría del lugar en donde se halle el asiento principal de sus actividades una copia del documento de su fundación y de sus estatutos, expedida conforme a la ley de origen y debidamente autenticada por un agente diplomático o consular colombiano. El extracto notarial de tales documentos debe registrarse en la Cámara de Comercio respectiva, y publicarse en el periódico oficial del Departamento y el "Diario Oficial". Dichas sociedades deben tener en Colombia un representante acreditado con facultad suficiente para comparecer judicialmente por ellas, y el respectivo documento de procuración debe protocolizarse, registrarse y publicarse con los demás documentos. Tales requisitos están señalados especialmente en los Decretos Legislativos 2º y 37 de 1966, y en el artículo 272 del Código Judicial. Estas sociedades demuestran procesalmente su existencia y la personería de sus representantes acreditados en Colombia, con la copia notarial de los documentos protocolizados, o con la certificación de la Cámara de Comercio expedida conforme a los artículos 40 y 41 de la Ley 28 de 1931. Las formalidades y requisitos exigidos a las sociedades extranjeras con negocios permanentes en Colombia, no obligan a las sociedades extranjeras que realizan actividades transitorias en el territorio nacional. Estas últimas tienen existencia legal en Colombia y su personalidad jurídica debe serles reconocida sin necesidad de que cumplan con los requisitos y formalidades establecidos para aquéllas. Sin que esto signifique que respecto de las sociedades extranjeras que no tengan negocios permanentes en Colombia, no haya necesidad de acreditar su existencia legal cuando comparecen procesalmente como demandantes o demandadas ante los jueces o tribunales colombianos. De acuerdo con los principios del Derecho Internacional Privado, tales sociedades tienen también capacidad para ser

parte, activa y pasiva, y la prueba de su existencia, admisible en Colombia, será la que determinen las leyes del país en donde se han formalizado o constituído. A este respecto, la Corte ha dicho: "Las sociedades formadas en país extranjero, se rigen en cuanto a constitución y requisitos por la ley de su origen, según el principio de Derecho Internacional Privado, LOCUS REGIT ACTUM; y por lo que respecta al ejercicio de derechos y a la efectividad de obligaciones que han de producir efectos en Colombia, los documentos comprobatorios respectivos extendidos allá tienen a su favor la presunción de que lo fueron conforme a la ley local de su origen, salvo que parte interesada compruebe lo contrario". (Casación, octubre 5 de 1927, XXXV, 29). De acuerdo con lo anterior, si para comprobar la existencia legal de una de tales sociedades se presenta al juez un instrumento público extendido en país extranjero y debidamente autenticado por el respectivo agente diplomático o consular de Colombia, instrumento en el cual se da fe de la existencia de la compañía conforme al lugar de su constitución, él es prueba suficiente para dar por acreditada la capacidad, para ser parte de tal sociedad. Y el hecho de la autenticación del instrumento por el funcionario diplomático o consular de Colombia, hace presumir su conformidad con la ley del lugar de su otorgamiento, según lo estatuye el artículo 657 del Código Judicial (hoy Art. 1º de la Ley 39 de 1953).

4.—Para que un pagaré sea instrumento negociable debe reunir los siguientes requisitos: a) Que se trate de una promesa incondicional de pagar; b) Que conste por escrito; c) Que sea hecho por una persona a otra; d) Que sea firmado por la persona que hace la promesa; e) Que el objeto de la promesa de pagar sea una suma cierta de dinero; f) Que el pago se haga a la presentación o a un término fijo o determinable; g) Que la promesa de pago sea "a la orden" o "al portador" Según lo anterior, la cláusula expresa "a la orden" o "al portador" es elemento esencial para que el instrumento sea negociable. Por medio de tales palabras se autoriza formalmente la negociabilidad del instrumento. De acuerdo con el Art. 12 de la Ley 46 de 1923, el instrumento es pagadero "a la orden" en dos casos: a) Cuando debe cubrirse a la orden de una persona determinada; b) Cuando debe cubrirse a una persona determinada o a su orden. La doctrina acepta que la cláusula "a la orden" o "al portador" puede ser sustituída por otras de significado equivalente, o sea, expresiones de las cuales se infiera indudablemente la voluntad del otorgante del pagaré, en el sentido de hacerlo negociable. Si los términos empleados en el texto del instrumento indican claramente el pensamiento o la intención del otorgante al respecto, podrá darse por omitida la fórmula "a la orden" o "al portador". Tal conclusión de la doctrina encuentra apoyo en la norma del artículo 14 de la Ley 46 de 1923, según la cual "no es necesario que el instrumento se acomode textualmente al lenguaje de esta ley; cualesquiera términos que indiquen claramente la intención de conformarse a sus prescripciones son adecuados". Y aun cuando aquella norma coincide en cierta manera con la contenida en el artículo 1618 del C. C. en materia de interpretación de los contratos, conforme al cual "conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras", ha de observarse que dado el principio de literalidad, dominante en el derecho cambiario como seguridad de la circulación del instrumento negociable, éste habrá de interpretarse siempre por los términos del escrito que lo contenga. Por lo que se comprende que la tarea interpretativa del juzgador habrá de ser predominantemente objetiva.

5.—Cuando una cláusula de un contrato puede prestarse a varias interpretaciones razonables, la adopción de cualquiera de ellas, no genera error evidente de hecho, puesto que donde hay duda no puede haber error manifiesto en la interpretación.

6.—Si en un pagaré no aparece la cláusula "a la orden" o "al portador" y en él se contienen expresiones que razonablemente dan lugar a interpretaciones contrarias sobre la intención de los otorgantes de crearlo como instrumento negociable, la decisión del tribunal que rechaza este carácter al pagaré, no puede acusarse por manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, quince (15) de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955).

(Magistrado ponente: Dr. Manuel Barrera Parra)

Resuelve la Corte sobre la demanda de casación introducida por la parte demandada en el juicio ordinario de la sociedad "A. Kiener & Cía". contra Emilio Matuk y Rosa María Morales de Matuk, decidido en segunda instancia por sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, objeto del recurso extraordinario.

I.—Antecedentes

1.—La sociedad "A. Kiener & Cía.", sociedad anónima constituída según las leyes francesas y domiciliada en Colmar, Haut Rhin (Francia), por medio de apoderado especial demandó en juicio ordinario de mayor cuantía a Rosa María Morales de Matuk y Emilio Matuk para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera.—Que los demandados, deben solidariamente y de plazo vencido a mi representada, la suma de un mil doscientas noventa y seis libras esterlinas, ocho chelines, ocho peniques (£ 1.296-8-8), moneda de Inglaterra, o su equivalente en moneda colombiana al tipo de cambio vigente el día en que se haga el pago, y los intereses devengados por esta suma, en igual moneda, liquidados a la rata del uno y medio por ciento (1½%) mensual desde que se hicieron exigibles hasta que el pago tenga lugar.

"Segunda.—Que, en consecuencia, los demandados, solidariamente, deben pagar a mi poderdante al día siguiente de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este juicio, la cantidad referida en la petición anterior y sus intereses a la rata y durante el término allí mismo indicados.

"Tercera.—Que si los demandados se oponen, sean condenados en las costas del juicio".

En subsidio de las anteriores peticiones solicitó se declarara lo siguiente:

"a) Que está vigente la obligación asumida, solidariamente, por Rosa María Morales, hoy Morales de Matuk, y Emilio Matuk, a favor de la casa "A. Kiener y Cía.", sociedad anónima domiciliada en Colmar (Haut Rhin), República Francesa, por la cantidad de un mil doscientos noventa y seis libras esterlinas, ocho chelines, ocho peniques (£ 1.296-8-8) moneda de Inglaterra o su equivalente en moneda colombiana al tipo de cambio vigente en la fecha en que el pago se efectúe y sus intereses en la misma moneda a la rata del uno y medio por ciento (1½ por 100) mensual desde que se hicieron exigibles hasta que el pago se verifique, obligación que consta en documento privado de fecha diez y siete (17) de septiembre de mil novecientos treinta y uno (1931) otorgado por los demandados en esta ciudad a favor de la compañía demandante, en el cual se establece que dicha deuda proviene de mercancías que los demandados adquirieron y recibieron a satisfacción de la casa demandante.

"b) Que, en consecuencia, los demandados deben pagar, al día siguiente de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este juicio, la cantidad referida en la petición anterior, y sus intereses a la rata y durante el término allí mismo indicados.

"c) Que si los demandados se oponen, se les condene en las costas del juicio".

Como hechos fundamentales en la demanda se exponen los siguientes:

"1º Entre la casa que represento y Rosa María Morales existieron relaciones comerciales consistentes en que la última pedía y recibía de la primera mercancías para negociar con ellas en Colombia.

"2º Algunas de tales mercancías fueron vendidas y entregadas a satisfación por la casa nombrada a Rosa María Morales, a crédito de modo que ella quedó debiendo el precio respectivo.

"3º Rosa María Morales confesó en el documento citado en la petición primera subsidiaria, adeudar la suma allí indicada a la casa en mención y ofreció pagarla en la forma que allí se establece.

"4º Rosa María Morales, dio como fiador solidario para garantía del cumplimiento de tal obligación al señor Emilio Matuk, quien así se obligó.

"5º Rosa María Morales, y su fiador solidario, hasta ahora no han cumplido con la susodicha obligación, ni en el principal ni en los intereses que reconocieron sobre éste.

"6º La obligación aludida está vencida.

"7º Los deudores, desde la fecha de la obligación a hoy, no han tenido en su cabeza bienes que perseguir para hacer efectiva la obligación".

Como fundamento de derecho se invocan los artículos 1602, 1603, 1618, 1928, 1929, 1930, 2535, 2536 y concordantes del Código Civil; la Ley 167 de 1937 y artículos 734 y siguientes del Código Judicial.

2.—Con anterioridad a la demanda, la sociedad demandante solicitó el embargo preventivo de un inmueble del demandado, Emilio Matuk para asegurar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de éste, presentando como prueba el siguiente documento.

"Yo, Rosa María Morales, mujer soltera mayor de edad, y vecina de este Municipio de Bogotá, hablando en nombre propio, hago constar por medio de este documento que les debo y pagaré a los Sres. A. Kiener y Cía. de Colmar (Francia) la suma de **mil doscientas noventa y seis libras esterlinas con ocho chelines y ocho peniques** (£ 1.296-8-8) proveniente esta cantidad de mercancías que con anterioridad a esta fecha recibí en esta ciudad de Bogotá a mi entera satisfacción. Que como en la actualidad me es difícil pagar esta cantidad de contado, me obligo a pagarla en la siguiente forma: a partir del próximo mes de enero de mil novecientos treinta y dos, debiendo hacer el pago respectivo, en los cinco primeros días de cada mes, abonaré la suma de **treinta libras esterlinas** (£30) cada mes, durante los primeros veinticuatro meses; luégo, durante los once meses siguientes, pagaré cada mes **cincuenta** libras esterlinas (£ 50) y el último mes, pagaré **veintiseis** libras esterlinas (£ 26). La primera cuota, es decir, la del próximo enero, será de **treinta libras esterlinas con ocho peniques** para de esta manera completar el pago total de la suma antes mencionada de £ 1.296 libras esterlinas con ocho chelines y ocho peniques y de la cual me declaro deudora por medio de este documento. Queda expresamente establecido que si no cumplo con hacer los pagos mensuales ya determinados en la forma y términos dichos con la debida puntualidad, entonces mis acreedores o quien llegue a representarlos legalmente podrán dar por terminado el plazo total de esta obligación a su exclusiva voluntad y exigirme cuando a bien tengan por la vía ejecutiva el total de las mensualidades que haya dejado de pagar cuando se entable la acción judicial correspondiente, más las que en esa época no se hayan vencido todavía en todas las mensualidades futuras. Esta acción será ejecutiva, como ya se dijo, y serán de mi cargo las costas y costos de la cobranza. Me someto desde ahora a la jurisdicción de los Jueces de Bogotá. En caso de ejecución cedo a mis acreedores el derecho que me concede la Ley de nombrar depositario, y por lo tanto, el depositario respectivo en el juicio correspondiente será designado por mis acreedores, o quien llegue a representarlos legalmente. Acepto desde ahora cualquier endoso o traspaso que se haga de esta obligación. Durante el plazo de las mensualidades de que ya se habló, no reconoceré intereses de ninguna clase, pero en caso de mora, reconoceré y pagaré intereses a la rata del uno y medio por ciento mensual, hasta la completa cancelación de este crédito. Los pagos respectivos de las mensualidades antes estipuladas los haré en esta ciudad de Bogotá a la persona o entidad que indiquen mis acreedores, o al respectivo endosatario si fuere el caso. Para mayor seguridad de mis acreedores les doy como mi fiador mancomunado y solidario al señor Emilio Matuk, quien es mayor y vecino de Bogotá, y quien en prueba de constituírse como tal para el cumplimiento de todo lo que se deja estipulado en este documento, firma conmigo por ante testigos hábiles, en Bogotá a diez y siete de septiembre de mil novecientos treinta y uno. Se advierte que los pagos se harán durante el respectivo mes. **Rosa María Morales, Emilio Matuk. Tgo. L. C. García. Tgo. A. Jaramillo T.".**

Al pie de dicho documento aparece la siguiente atestación:

"En Bogotá a diez y siete de septiembre de mil novecientos treinta y uno, presentes en este Despacho Emilio Matuk y Rosa María Morales juraron decir verdad y expusieron: el contenido de este documento es cierto y correcto en todas sus partes, y las firmas que se leen al pie del mismo y que dicen **Emilio Matuk y Rosa María Morales** son de nuestros puños y letras y las que usamos siempre en todos nuestros actos. En constancia se firma como aparece.

"Gualberto Rodríguez Peña.—Rosa María Morales.—Emilio Matuk.—Carlos Sánchez Esguerra".

3.—La parte demandada propuso en tiempo la excepción de prescripción, fundándose en que las obligaciones demandadas procedían de un pagaré comercial, y en que su vencimiento había ocurrido hace más de cuatro años, término señalado para la extinción de las acciones respectivas, según los artículos 894 y 902 del Código de Comercio.

4.—El Juzgado 8º Civil del Circuito de Bogotá por sentencia del 4 de agosto de 1954 desató la litis mediante la siguiente decisión:

"1º Declárase que los demandados Rosa María Morales, hoy Morales de Matuk y Emilio Matuk, deben solidariamente y de plazo vencido a la casa "A. Kiener y Cía", sociedad anónima constituída por las leyes francesas, domiciliada en Colmar (Haut Rhin), República Francesa, la suma de un mil doscientas noventa y seis libras esterlinas, ocho chelines, ocho peniques (£ 1.296-8-8), moneda de Inglaterra, o su equivalente en moneda colombiana al tipo de cambio vigente (no al día en que se haga el pago como se pide), sino el día en que se celebró la convención que

riginó la obligación declarada, y los intereses levengados por esta suma, en igual moneda, liquidados a la rata del uno y medio por ciento (1½%) mensual, desde que se hicieron exigibles hasta que el pago tenga lugar.

"2º Declárase, igualmente, que los demandados, solidariamente deben pagar a la parte actora el día siguiente al de la ejecutoria de esta providencia, la cantidad mencionada anteriormente, y sus intereses a la rata y durante el término allí mismo indicados.

"3º Declárase, por último, no probada en relación con la obligación declarada en el punto primero la excepción de cuatro años (sic) invocada por la parte demandada.

"4º Condénase a dicha parte en las costas del juicio. Tásense".

5.—Apelada esta sentencia por los demandados, el Tribunal Superior de Bogotá, en fallo del 15 de abril de 1955 resolvió lo siguiente:

"1º Declárase infundada y no probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora propuesta por el apoderado de la parte demandada en la segunda instancia.

"2º Confírmase en todas sus partes recurridas la sentencia apelada de fecha 4 de agosto de 1954 proferida en el presente juicio por el Juez 8º Civil de este Circuito de Bogotá, y

"3º Condénase a la parte apelante en las costas del recurso. Tásense".

6.—La parte demandada interpuso recurso de casación. Habiéndose tramitado conforme a la ley, corresponde a la Corte decidirlo en el fondo.

III.—Sentencia Recurrida

A dos cuestiones fundamentales, controvertidas al través de la litis, se refiere la sentencia recurrida: a) La prueba de la existencia y representación de la sociedad demandante; b) La naturaleza jurídica del documento suscrito por Rosa María Morales y Emilio Matuk, a favor de A. Kiener & Cía.

Respecto de la primera cuestión dice el Tribunal:

"La firma demandante "A. Kiener y Cía" comparece al juicio en su propio nombre, por medio de su apoderado sustituto, doctor Hernando Morales; es una sociedad anónima constituída conforme a las leyes francesas, con residencia comercial en Colmar (Francia); el día 6 de noviembre de 1950 estaba representada por el señor Amand Cuntzmann, en su calidad de Gerente General, fecha en que este señor, en tal condición, le otorgó poder al doctor Luis E. Amaya para que hiciera efectivo el crédito de que se trata en esta litis. Todos estos últimos hechos los certifica el doctor Jean Tempé en su carácter de Notario de Colmar (Haut Rhin) y como se anota en la sentencia recurrida, según consta en la traducción oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia (fl. 1 del Cuad. Nº 1) la firma del otorgante del poder fue autenticada por el aludido Notario; la de éste por el Presidente del Tribunal de Primera Instancia de Colmar; la de éste por el Ministerio de Justicia, por delegación, la de éste por el Ministro de Relaciones Exteriores de Francia, señor Marcel Chaloin; la de éste por el Cónsul General de Colombia en París; y la de éste último por el Jefe de Sección de Consulados del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

"Para el Tribunal la personería sustantiva de la parte demandante, así como la representación legal que de la misma tenía el señor Amand Cuntzmann el día 6 de noviembre de 1950, fecha en que otorgó el poder al doctor Luis E. Amaya, se halla plenamente demostrada en los autos con el poder que obra al folio 2 del cuaderno principal, con su traducción oficial hecha por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, con la legalización verificada por el Notario de Colmar (Haut Rhin) Francia, y con las demás autenticaciones enunciadas en el aparte anterior, ya que de otro lado, el poder y subsiguiente documentación fue debidamente estampillado en Bogotá. Y lo estima así la Sala, porque es doctrina unánimemente aceptada por la H. Corte Suprema de Justicia, por este Tribunal y por los tratadistas, la de que, tratándose, como en el caso de este pleito, de sociedades extranjeras que no tienen negocios permanentes en Colombia no se ha demostrado lo contrario en la ocurrencia de estos autos su personería y representación legal en juicio se gobiernan por el artículo 271 del C. J., en armonía con el 1º de la Ley 39 de 1933, no por el artículo 272 ibidem; de modo que para acreditar su existencia y representación legal basta presentar el respectivo poder en la forma y términos en que aquí se hizo".

Y respecto de la segunda cuestión el Tribunal sostiene que de conformidad con los artículos 1761 y 1759 del Código Civil y 606 y 637 del Código Judicial, "el documento privado aducido en el curso de este pleito tiene la fuerza de plena prueba en relación con las obligaciones en él estipuladas a cargo de los deudores, por hallarse reconocidos por los mismos ante juez competente.

Y siendo esto así, vale decir, estando plenamente demostrada la deuda a que se refiere la demanda, es obvio que debe accederse a las dos primeras peticiones formuladas en el libelo, tal como lo hizo el Juzgado del conocimiento en la sentencia que se revisa, ya que la excepción de prescripción de la acción propuesta por el apoderado de los demandados no se configura...".

Para el Tribunal en el presente caso no cabe siquiera considerar el tema de la prescripción cuatrienal a que se refieren los artículos 894 y 902 del Código de Comercio, pues "el documento allegado a los autos, no constituye legalmente un pagaré, sino simplemente una obligación a cargo de la parte demandada, sujeta, por lo mismo, a las leyes comunes sobre préstamos".

Dice el sentenciador:

"Entre los principales instrumentos negociables que el artículo 1º de la Ley 46 de 1923 contempla como tales para efectos de la misma, está en segundo lugar el **pagaré**. Y en acuerdo con el artículo 5º ibidem, para que un instrumento sea negociable debe llenar, entre otros, el requisito de que sea pagadero "a la orden o al portador", requisito éste tánto más esencial en el pagaré cuanto que al tenor del artículo 185 del mismo estatuto, "un pagaré es una promesa incondicional hecha por escrito, por la cual una persona se obliga bajo su firma para con otra a pagar a la presentación o a su término fijo o determinable una cierta suma de dinero, **a la orden o al portador**..." (se subraya).

"Y de esta formalidad carece en absoluto el documento de que se trata en el caso sub-judice, como que en ninguna de sus partes se contiene la estipulación de que el pago de la suma debida se hará "a la orden" o "al portador". Y no se diga que a estas precisas palabras se refirieron o quisieron referirse los deudores cuando en el documento dijeron que los pagos de las respectivas mensualidades los harían a la persona o entidad '**que indiquen mis acreedores** o al respectivo **endosatario** si fuere el caso', lo primero porque la estipulación hecha por los contratantes, dados los términos en que está concebida, la condicionaron al **posterior** señalamiento expreso por los acreedores de la persona o entidad a quien los deudores debían hacer el pago, y entonces éste no puede entenderse que sea "a la orden" propiamente dicha de aquellos, toda vez que a términos del artículo 12 de la citada Ley 46, 'el instrumento es pagadero a la orden, cuando debe cubrirse a la orden de una persona **determinada** o a esta persona o a su orden"; y lo segundo, porque en estricto derecho, una cosa es 'el portador', y otra bien distinta 'el endosatario' en forma que no pueden confundirse. El portador es la persona que toma directamente del girador el respectivo instrumento, en tanto que el endosatario es el tenedor de un instrumento negociable, no como beneficiario directo del girador, sino en razón de la negociación del instrumento.

"Ahora, el hecho de que la señora Rosa María Morales haya hecho constar en el documento 'que les debo y pagaré a los señores A. Kiener y Cía., de Colmar... la suma de...' no tiene el alcance y sentido que le asigna el excepcionante, esto es, el de darle al documento el carácter de un verdadero instrumento negociable, o sea el de pagaré. Con tal declaración inicial apenas si quiso la señora Morales referirse a la inflexión gramatical correspondiente a la primera persona del singular del futuro del verbo **pagar**, jamás a esa clase de instrumento negociable".

Para que el pagaré se tenga como instrumento negociable es elemento esencial que contenga la cláusula expresa "a la orden" o "al portador", en su caso, u otras cláusulas de significado equivalente.

Y concluye el Tribunal:

"En el caso sub-judice, como se ha visto, no aparece en forma expresa esa cláusula esencial para que el documento presentado con la demanda pueda considerarse como un instrumento negociable, ni aparece tampoco, a juicio de la Sala, una de significado equivalente.

"Obsérvese, además, que en el resto del escrito la deudora, lejos de llamar el instrumento "pagaré" se refiere a él denominándolo "documento", 'obligación', 'crédito'.

"A lo anterior se agrega el hecho muy diciente de que en el documento no se excusó el protesto de que trata el artículo 113 de la precitada Ley 46 de 1923, para los fines allí indicados, como sí se hizo, por ejemplo, en todos los documentos traídos al proceso por el anterior apoderado de la parte demandada, doctor Gustavo Gaitán, que hoy forman los folios 6 a 11 del cuadernos 2, y que constituyen, ellos sí, verdaderos instrumentos negociables, pagarés.

"El haber considerado incluír en el documento la cláusula de que por anticipado se aceptaría cualquier traspaso del mismo, indica precisamente que las partes consideraron que el instrumento no era un pagaré negociable, pues de lo contrario sería superflua tal previsión.

"Finalmente, es prueba muy elocuente de que las mismas partes que suscribieron el referi-

do documento no lo consideraron como un instrumento negociable, el hecho de que hubieran obtenido el reconocimiento judicial de sus firmas, diligencia ésta absolutamente inútil en un instrumento negociable en el cual, por ministerio el artículo 4º de la Ley 46 de 1923, aquellas '...se presumen auténticas y no necesitan ser previamente reconocidas para ejercitar las acciones respectivas'.

"No siendo, pues, el documento privado aducido con la demanda un instrumento negociable —pagaré como lo calificaron el actual personero de la parte demandada y el señor Juez del conocimiento—, conclúyese con toda certeza que a la obligación demandada no la cobija la prescripción de 4 años alegada por dicho personero, y consiguientemente debe declararse infundada y no probada esta otra excepción".

III.—Demanda de Casación

El recurrente acusa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, por la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, y formula dos cargos que enuncia así:

1º Violación de la ley sustantiva: artículos 894 y 902 del Código de Comercio; 1618, 1928 y 1930, concordados con el 1625 y 2535, del Código Civil; 329 y 343 del Código Judicial, y 1º, 5º, 12, 14, 50, 121 y 185 de la Ley 46 de 1923, a consecuencia de error evidente de hecho en la apreciación del pagaré negociable de fecha 17 de septiembre de 1931, suscrito por Rosa María Morales como deudora, y Emilio Matuk como fiador solidario;

2º Violación de la ley sustantiva en la siguiente forma: a) Por aplicación indebida (falta de aplicación) de los artículos 329 y 343 del Código Judicial; por aplicación indebida de los artículos 271, 272 y 657 (redacción del artículo 1º de la Ley 39 de 1933) del Código Judicial, y 1928 y 1930 del Código Civil, como consecuencia de error evidente de hecho en la estimación del documento que obra a folios 1 a 4 del cuaderno Nº 1º; b) Por interpretación errónea de los artículos 271 y 272 del Código Judicial y 1º de la Ley 39 de 1933 (nueva redacción del artículo 652 ibidem), y consiguiente infracción de los textos anteriormente citados.

IV.—Examen de los cargos

Examinando en orden lógico los cargos aducidos contra la sentencia, como lo ordena el artículo 537 del Código Judicial, la Sala estudiará en primer lugar la acusación del recurrente relacionada con la prueba de la constitución y existencia de la sociedad actora, cuestión atinente a un presupuesto procesal.

En concepto del recurrente, el Tribunal, al aceptar como prueba de la constitución y existencia de la sociedad "A. Kiener & Cía", compañía anónima organizada en Francia, los documentos que obran a folios 1 a 4 del cuaderno Nº 1º, dando por acreditada la personería sustantiva del demandante, o sea, su capacidad para ser parte, violó la ley sustantiva en las disposiciones que cita como infringidas: bien por error evidente de hecho en la apreciación de tales documentos de los cuales no aparece la constitución y existencia de aquella sociedad conforme a la ley francesa, o bien por errónea interpretación de los artículos 270 y 271 del Código Judicial, en relación con el 1º de la Ley 39 de 1933, disposiciones que sólo regulan la forma de comprobar la representación en Colombia de las sociedades extranjeras, o sea, su personería adjetiva, pero que no se refieren a la prueba de la constitución y existencia de las mismas cuando necesitan comparecer en juicio como demandantes o demandadas.

Y en relación con este último aspecto de la acusación, el recurrente afirma lo siguiente:

"De modo que tratándose de una sociedad extranjera no comprendida por las normas del D. L. 2 de 1906, su personería **sustantiva** debe acreditarse en la única forma posible, o sea con la copia de sus estatutos y reglamentos de constitución, autenticados como lo previene el artículo 657 del C. J., nueva redacción del artículo 1º, L. 39 de 1933. Pretender que esta norma sirve para identificar la prueba de un poder para actuar judicialmente con la prueba de la existencia misma de la sociedad, es darle una pésima interpretación".

El recurrente resume así el cargo:

"Afirmar, como lo hace el Tribunal que los documentos que obran a folios 1 a 4 del C. 1º, prueban la personería **sustantiva** de la parte actora, es cometer un **evidente error** de hecho, porque tales documentos **sólo prueban** el poder para actuar judicialmente, o personería **adjetiva**; sostener que los artículos 271 y 272 del C. J., y 1º L. 39 de 1933 regulan la forma de acreditar en Colombia la constitución y existencia (personería **sustantiva** o capacidad para ser parte) de una sociedad extranjera, es cometer un error de derecho al interpretar erróneamente tales textos.

"El Tribunal, como secuela de esos errores de hecho y de derecho, quebrantó por aplicación indebida (falta de aplicación) los artículos 329 y 343 del C. J., al no declarar probada la tántas veces referida excepción de ilegitimidad **sustantiva** de la personería de la parte actora, y los artículos 1928 y 1930 del C. C., ya que mal puede hacerse la condena que hizo el Tribunal en el caso de autos, porque falta la prueba de dicha personería **sustantiva** de la demandante".

Se considera

1.—En sentencia proferida por esta Sala el 19 de agosto de 1954 (LXXVIII, 348), se dice:

"Llámanse presupuestos procesales los requisitos exigidos por la ley para la constitución regular de la relación jurídico-procesal. Sin ellos no puede iniciarse ni desarrollarse válidamente ningún proceso.

"Para obtener cualquier resolución, favorable o desfavorable, sobre el mérito de la acción incoada, deben hallarse reunidos los presupuestos procesales, que son condiciones previas indispensables para que el juez pueda proveer en el fondo del negocio.

"El juez, antes de entrar a conocer de la acción ejercitada y decidir sobre las pretensiones deducidas en el juicio, oficiosamente ha de examinar y declarar si existen o no los presupuestos procesales. Si falta alguno de estos requisitos, el juez debe inhibirse de fallar el fondo del negocio para que las partes puedan hacer valer sus derechos dentro de las normas procesales de rigor, sin que el juzgador pueda entrar en el examen de la acción instaurada. En este caso, las pretensiones del actor son desestimadas por motivos meramente procesales, no por improcedencia sustancial sino por inconducencia formal".

Uno de los presupuestos procesales es la **capacidad para ser parte.**

"La capacidad para ser parte —se lee en el fallo citado— resulta de la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. Es una consecuencia de la personalidad atribuída a los seres humanos y a los entes morales a quienes la ley concede capacidad jurídica.

"De consiguiente tienen capacidad para ser partes, o sea, para ser sujetos del proceso, las personas naturales y las personas jurídicas. El artículo 230 del C. J., dice: 'Las personas naturales y las jurídicas pueden ser demandantes y demandadas, y comparecer en juicio en los términos y con las condiciones que la ley establece'.

"La carencia de este presupuesto procesal se presenta con frecuencia respecto de las personas jurídicas que obrando como demandantes o demandadas no acreditan su existencia. Si el juez al examinar los presupuestos procesales no encuentra en el juicio la prueba adecuada de la existencia de la persona jurídica que figura como sujeto del juicio, debe inhibirse de fallar en el fondo el negocio y declarar la carencia de tal presupuesto".

Otro presupuesto procesal es la **capacidad procesal o legitimatio ad procesum.** "Esta es la aptitud —se explica en la misma sentencia— para realizar actos procesales con eficacia jurídica en nombre propio o ajeno. Así como en derecho material existe diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar (agere), en derecho procesal existe diferencia entre capacidad para ser parte y capacidad para actuar en el proceso.

"Lo concerniente a capacidad procesal está reglamentado en el Título IV del libro 2º del Código de Procedimiento Civil.

"Las personas capaces comparecen en juicio por sí mismas o por medio de mandatarios; las personas incapaces por medio de sus representantes legales (C. J., Art. 240), y las personas jurídicas 'por medio de sus representantes constitucionales, legales o convencionales". (C. J., Art. 250), o sea, por medio de sus órganos competentes.

"La representación procesal de las personas capaces sólo puede hacerse por medio de abogados inscritos, salvo en los casos expresamente exceptuados en la ley.

"La carencia de legitimación procesal puede dar lugar a la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería adjetiva, o a nulidad en el juicio (C. J., Art. 330, 332, 448, 450, 455, 457)".

2.—Las sociedades anónimas, civiles o mercantiles, son personas jurídicas administradas por mandatarios temporales y revocables que las representan judicial y extrajudicialmente (C. C., Arts. 2079, inc. 2º, 2090; C. de Co., Arts. 520, 541, 582, 585; Ley 26 de 1922, Art. 4º).

Según la doctrina atrás expuesta, cuando una sociedad anónima comparece judicialmente como demandante o demandada, debe hallarse acreditado en el proceso, tanto su existencia como persona jurídica (capacidad para ser parte), como la representación de quien actúa en su nombre (capacidad procesal).

En armonía con los principios expuestos y refiriéndose especialmente a las sociedades mercantiles colectivas, dijo la Corte:

"La existencia de una sociedad comercial como sujeto activo y pasivo de derechos y obligaciones que se pretenden deducir en juicio, es necesario demostrarla. Y en presencia de textos legales tan perentorios como son los artículos 465, 469, 470 y 471 del Código de Comercio; 36 de la Ley 40 de 1907 y 40 y 41 de la Ley 28 de 1931, para acreditar la existencia y constitución de una sociedad o compañía comercial y la personería de sus administradores ante cualesquiera autoridades judiciales y administrativas, se requiere, cuando menos, 'bastará', dice la ley, un certificado firmado por el Presidente y el Secretario de la Cámara de Comercio, en los lugares en donde la haya, en la forma indicada en los dos últimos artículos citados, o copia de los extractos de las escrituras sociales expedidas por el Secretario del Juzgado en donde el extracto hubiere sido registrado (artículo 36, Ley 40 de 1907). No presumiéndose la personería jurídica, el juez necesita saber cómo surgió a la vida legal una compañía que ha de condenar o absolver, o a cuyo favor ha de decretar o negar un derecho". (Casación, noviembre 20 de 1935, XLIII, 330).

Cosa similar, como es abvio, debe decirse sobre la prueba de la existencia de la sociedad anónima y la personería de quienes la representan ante cualesquiera autoridades judiciales y administrativas. Los certificados expedidos por el Presidente y el Secretario de la Cámara de Comercio, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 y 41 de la Ley 28 de 1931, serán la prueba adecuada para acreditar tales hechos.

3.—De conformidad con principios generalmente aceptados del Derecho Internacional Privado, las sociedades válidamente formadas en el extranjero deben gozar de vida extraterritorial, o sea, tener existencia en los demás países, sin reconocimiento oficial expreso. Las sociedades se forman como consecuencia natural de la libertad de asociación que no puede desconocerse en los demás países.

"De acuerdo con nuestro sistema de Derecho Internacional Privado —ha dicho la Corte—, las sociedades extranjeras tienen capacidad para ser parte, tanto activa como pasiva, aun cuando su modo de constitución sea diferente del de las colombianas y su forma no corresponda a ninguna de las autorizadas por nuestro derecho positivo. Es suficiente que la ley nacional de su país de origen reconozca esas sociedades". (Casación, julio 16 de 1937, XLV, 314; Sala Civil de Unica Instancia, octubre 10 de 1939, XLVIII. 965).

4.—Según el artículo 272 del Código Judicial, "las sociedades o corporaciones con domicilio en otro país que tengan o establezcan negocios en Colombia, son representadas por apoderados o agentes residentes en el lugar o asiento principal de los negocios de aquellas o si no lo tienen, donde deban cumplir sus obligaciones, so pena de ser consideradas como personas ausentes cuyo domicilio se ignora". Y agrega el mismo artículo que "para el efecto han de protocolizar en la Notaría del Respectivo Circuito un certificado del Notario u oficial público correspondiente en que conste la existencia legal de la sociedad y el nombre de la persona o personas que tienen la facultad de representarlas en juicio en Colombia, ya directamente, ya por medio de sustituto o delegado. Los notarios pueden expedir copia de las certificaciones protocolizadas y de las escrituras de protocolización a quienes lo soliciten".

Para los efectos de la comparecencia en juicio de las sociedades extranjeras, y por lo tanto de la prueba de su existencia y de la representación de quienes deben obrar por ellas, hay que distinguir entre las sociedades extranjeras que tengan o establezcan empresas o negocios permanentes en Colombia, y las que sólo ejerciten actividades transitorias en el país.

De acuerdo con la ley colombiana, las sociedades extranjeras que tengan o establezcan empresas o negocios de carácter permanente en el territorio nacional, deben protocolizar en la Notaría del lugar en donde se halle el asiento principal de sus actividades una copia del documento de su fundación y de sus estatutos expedida conforme a la ley de origen y debidamente autenticada por un agente diplomático o consular colombiano. El extracto notarial de tales documentos debe registrarse en la Cámara de Comercio respectiva, y publicarse en el periódico oficial del Departamento, y en el "Diario Oficial". Dichas sociedades deben tener en Colombia un representante acreditado con facultad suficiente para comparecer judicialmente por ellas, y el respectivo documento de procuración debe protocolizarse, registrarse y publicarse con los demás documentos. Tales requisitos están señalados especialmente en los Decretos Legislativos 2 y 37 de 1906 y en el artículo 272 del Código Judicial.

Estas sociedades demuestran procesalmente su existencia y la personería de sus representantes acreditados en Colombia, con la copia notarial de los documentos protocolizados, o con la certificación de la Cámara de Comercio, expedida conforme a los artículos 40 y 41, de la Ley 28 de 1931.

Las formalidades y requisitos exigidos a las sociedades extranjeras con negocios permanentes en Colombia, no obligan a las sociedades extranjeras que realizan actividades transitorias en el territorio nacional. Estas últimas tienen existencia legal en Colombia y su personalidad jurídica debe serles reconocida, sin necesidad de que cumplan con los requisitos y formalidades establecidos para aquéllas.

Sin que esto signifique que respecto de las sociedades extranjeras que no tengan negocios permanentes en Colombia, no haya necesidad de acreditar su existencia legal cuando comparecen procesalmente como demandantes o demandadas ante los jueces y tribunales colombianos. De acuerdo con los principios del Derecho Internacional Privado, tales sociedades tienen también capacidad para ser parte, activa y pasiva, y la prueba de su existencia, admisible en Colombia, será la que determinen las leyes del país en donde se han formalizado o constituído.

A este respecto, la Corte ha dicho:

"Las sociedades formadas en país extranjero, se rigen en cuanto a constitución y requisitos por la ley de su origen, según el principio de Derecho Internacional Privado, **locus regit actum;** y por lo que respecta al ejercicio de derechos y a la efectividad de obligaciones que han de producir efectos en Colombia, los documentos comprobatorios respectivos extendidos allá tienen a su favor la presunción de que lo fueron conforme a la ley local de su origen, desde que estén autenticados de acuerdo con la ley colombiana, salvo que parte interesada compruebe lo contrario". (Casación, octubre 5 de 1927, XXV, 29).

De acuerdo con lo anterior, si para comprobar la existencia legal de una de tales sociedades se presenta al juez un instrumento público extendido en país extranjero y debidamente autenticado por el respectivo agente diplomático o consular de Colombia, instrumento en el cual se da fe de la existencia de la compañía conforme al lugar de su constitución, él es prueba suficiente para dar por acreditada la capacidad para ser parte de tal sociedad. Y el hecho de la autenticidad del instrumento por el funcionario diplomático o consular de Colombia, hace presumir su conformidad con la ley del lugar de su otorgamiento, según lo estatuye el artículo 657 del Código Judicial (hoy Art. 1º de la Ley 39 de 1933).

5.—Aplicando la doctrina expuesta al caso sub-judice, la Sala observa:

a) La Sociedad demandante, "A. Kiener & Cía.", comparece en este juicio como compañía anónima constituída según las leyes francesas domiciliada en Colmar, Haut Rhin, Francia, si que tenga negocios de carácter permanente e Colombia;

b) En el presente juicio debía establecerse l existencia legal de dicha sociedad, como uno d los presupuestos procesales, o sea, su capacida para ser parte, distinta de la capacidad procesa de quien figura como su apoderado.

c) La existencia legal de "A. Kiener & Cía" no se comprueba con el mero mandato otorgad por Amand Cuntzmann, Gerente General d dicha compañía, al doctor Luis E. Amaya, quien después lo sustituyó al doctor Hernando Morales;

d) El Tribunal no estuvo suficientemente preciso al afirmar que "tratándose, como en el caso del pleito, de sociedades extranjeras que no tienen negocios permanentes en Colombia —no se ha demostrado lo contrario en la ocurrencia de estos autos— su personería y representación legal en juicio se gobiernan por el Art. 271 del C. J. en armonía con el 1º de la Ley 39 de 1933, no por el Art. 272 ibidem; de modo, que para acreditar su existencia y representación legal basta presentar el respectivo poder en la forma y términos en que aquí se hizo";

e) Pero el cargo no trasciende en ningún caso, porque en el juicio aparece un documento que sí acredita en forma suficiente, según la doctrina antes expuesta, la existencia legal de la sociedad demandante.

Efectivamente, al folio 3 del Cuaderno Nº 1º se encuentra la siguiente certificación al pie del mandato conferido por Amand Cuntzmann al doctor Luis E. Amaya:

"Yo, el suscrito doctor Jean Tempé, Notario de Colmar (Haut Rhin) Francia, certifica por las presentes:

"1) La autenticidad de la firma puesta arriba y en su presencia, del señor Amand Cuntzmann, Gerente General de la Sociedad Anónima 'A Kiener & Cía.' con residencia en Colmar.

"2) Que el señor Amand Cuntzmann, en su calidad de Gerente General, está autorizado para representar legalmente la dicha Sociedad 'A. Kiener & Cía.", cuya residencia social está en Colmar (Haut Rhin).

"3) Y que la misma Sociedad, 'A. Kiener & Cía'. ha sido constituída conforme a las leyes francesas.

"Colmar, el 7 de noviembre de 1950.

"Fdo: Tempé, Notario.

"(Sello)".

Dicha certificación se halla debidamente au-

enticada por el Cónsul General de Colombia en París, y el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

La última parte de dicha certificación es prueba de la existencia de la sociedad demandante, conforme a las leyes francesas, y ella es bastante para comprobar su capacidad para ser parte ante los jueces colombianos, según lo expuesto anteriormente.

No prospera la acusación.

Como anteriormente se anunció, el primer cargo formulado en la demanda de casación se sustenta en violación indirecta de la ley sustantiva a consecuencia de error evidente de hecho en la apreciación del documento que la sociedad actora trajo al juicio como prueba de las obligaciones a cargo de los demandados.

El recurrente, después de citar los apartes pertinentes del fallo a este respecto, observa:

"Continúa el Tribunal razonando dentro del mismo orden de ideas, cita parcialmente al profesor Víctor Cock, a quien ya transcribiré en su totalidad, y refuerza sus tesis con lo que califica de **prueba muy elocuente,** o sea que las partes hubieran reconocido sus firmas ante un Juez, para concluír: 'No siendo, pues, el documento privado aducido con la demanda un instrumento negociable —pagaré como lo calificaron el actual personero de la parte demandada y el señor Juez del conocimiento—, conclúyese con toda certeza que a la obligación demandada no la cobija la prescripción de 4 años alegada por dicho personero, y consiguientemente debe declararse infundada y no probada esta otra excepción'.

"La evidencia del error cometido por el Tribunal sentenciador al estimar el instrumento que es base de la presente acción, surge de la simple lectura de sus propias palabras y del texto del documento referido, y así fue advertido por el señor Magistrado que salvó su voto, el cual erró, a su vez, en lo atinente al tema tratado en la segunda parte de su salvamento, como oportunamente lo veremos.

"Lo que da a un instrumento su calidad de **negociable** es, ante todo, **la intención** de las partes de conferirle esta calidad que radica en la posibilidad de ser transferido por medio de endoso y entrega, o por entrega únicamente".

En seguida, el recurrente cita autorizados tratadistas nacionales y extranjeros para demostrar que la cláusula expresa "a la orden" o "al portador" no es esencial para que el instrumento sea negociable, ya que puede reemplazarse por cualesquiera palabras de significación equivalente, que revelen la intención de las partes de darle tal carácter.

Y continúa así la acusación:

"Hé aquí las frases que, tomadas del pagaré suscrito el 17 de septiembre de 1931 por los demandados, dan a éste el carácter de instrumento negociable:

"a) 'Yo..., hago constar por medio de este documento **que les debo y pagaré** a los señores A. Kiener y Cía., de Colmar (Francia), la suma de...'

"b) 'Acepto desde ahora cualquier **endoso o traspaso** que se haga de esta obligación'.

"c) 'Los pagos respectivos de las mensualidades estipuladas los haré en esta ciudad de Bogotá **a la persona o entidad que indiquen mis acreedores o al respectivo endosatario,** si fuere el caso.

"Las anteriores expresiones indican sin lugar a dudas la clara intención de los otorgantes del instrumento en mención, de hacer su pago no sólo al beneficiario sino a cualquiera persona que éste indicare, o al cual le fuera transferido por endoso el pagaré, lo que equivale a decir: "pagaré al beneficiario (A. Kiener y Cía.) o a su orden", puesto que las frases transcritas en los puntos b) y c) anteriores indican la forma de negociabilidad del instrumento, por medio de endoso, que es la propia de los instrumentos 'a la orden'.

"Por e lo es incontrovertible la conclusión del H. Magistrado Carrasquilla, cuando dice en su salvamento de voto: "Se refuerza la intención de los interesados al decir: "Acepto desde ahora cualquier endoso o traspaso que se haga de esta obligación', pues la forma de negociación de un instrumento negociable es por este medio, al paso que para los simples documentos civiles empléase el sistema de la 'cesión de créditos...'

"No obstante, para el sentenciador a más de que el pagaré de autos 'carece en absoluto de la formalidad de ser 'a la orden o al portador", como que en ninguna de sus partes se contiene la estipulación de que el pago de la suma debida, se hará 'a la orden' o 'al portador', 'la estipulación hecha por los contratantes, dados los términos en que está concebida, la condicionaron al posterior señalamiento expreso por los acreedores de la persona o entidad a quien los deudores debían hacer el pago, y entonces éste no puede entenderse que sea 'a la orden' propiamente dicha de aquellos, toda vez que a término del artículo 12 de la citada Ley 46, 'el instrumento es pagadero a la orden, cuando debe cubrirse a la orden de una persona **determinada** o a esta persona o a su orden'.

"Nada más errado, HH. Magistrados: lo que el artículo 12 en cita exige es que cuando el instrumento sea 'a la orden', la persona del beneficiario debe ser cierta, y este requisito se cumple con el pagaré en estudio, como que **no es verdad** que allí se hubiera condicionado la persona del beneficiario a la posterior designación que de éste hicieran los señores A. Kiener y Cía. Esto es f\ísimo. En el pagaré se dijo, por el contrario, que la suma allí estipulada se pagaría a dicha sociedad, designada por su propio nombre, o a la persona que ella indicare o al respectivo endosatario, con lo cual no se violó la citada norma ni se quitó la calidad de 'a la orden' que tiene dicho pagaré. En efecto, el inciso final de la norma en cita, dice: "Cuando el instrumento es pagadero a la orden, el beneficiario debe ser nombrado o indicado en otra forma con suficiente claridad", y sólo el afán del Tribunal de coincidir en sus apreciaciones con el distinguido personero de la parte actora, puede llevarlo a sostener que cuando se dice: "Debo y pagaré a la sociedad A. Kiener y Cía., de Colmar (Francia) ... o a quien ésta indicare, o al respectivo endosatario...', la persona del beneficiario no esté designada con toda claridad, sea incierta, dependa de un posterior señalamiento, porque ello, a más de contrariar **la evidencia,** equivaldría a sostener que todos los instrumentos negociables adolecen de igual defecto, desde el momento que se caracterizan por ser pagaderos en favor de cualquiera persona que sea su endosatario (si son pagaderos 'a la orden') o a su 'tenedor' (si lo son 'al portador') sin detenerse aquí, por ser innecesario, a rebatir el manifiesto error del sentenciador, para quien sólo es 'portador' de un instrumento negociable, quien primeramente lo recibe del otorgante o girador.

"Poner algo **a la orden** de una persona equivale a tenerlo a su personal disposición o a la de quien aquella indique. Lo importante es que se halle siempre en disponibilidad respecto de dicha persona. Y ello ocurre, sin lugar a dudas, cuando se dice que se pagará una suma de dinero a **determinada persona, o a quien ella indique o al respectivo endosatario.**

"Sin que se desvirtúe esta apreciación con la afirmación del Tribunal, según el cual un instrumento negociable pierde el carácter de tal, si las partes reconocen judicialmente sus firmas. Esta aseveración está reñida con la clarísima norma contenida en el art. 50 de la L. de I. N., según el cual 'un instrumento negociable en su origen continúa siéndolo mientras no sea endosado restrictivamente o descargado por pago o de otra manera'. Mal puede negarse al pagaré de autos, como mal podría negarse a ningún otro pa garé, su carácter de tal, por el hecho de que su otorgantes reconozcan sus firmas ante Juez Notario".

Termina el recurrente:

"En resumen: el instrumento que obra a folio 5 del C. Nº 1, es un instrumento negociable, pa **garé a la orden;** de su clarísimo contexto surge con evidencia meridiana la intención de sus otorgantes de darle el carácter de **negociable por endoso,** lo que es equivalente a hacerlo pagadero **a la orden;** sostener lo contrario, como lo hace el Tribunal en la sentencia acusada, es cometer un **evidente error de hecho,** a consecuencia del cual se violaron los siguientes textos legales: los Arts. 894 y 902 del C. de Co., que establecen la prescripción cuatrienal para los pagarés negociables originarios en operaciones de comercio, lo cual no se discute en el presente caso; estos textos no fueron aplicados por el Tribunal, siendo procedentes, según la defectuosa calificación de nuestra ley procesal, esta falta de aplicación como secuela de un error evidente de hecho, constituye una mala e indebida aplicación de la ley sustantiva; por igual razón, los artículos 329 y 343 del C. J., que imponían al sentenciador el deber de declarar probada la excepción de prescripción alegada por la parte demandada, puesto que al momento de intentarse la presente acción, con mayor razón al ser notificado el auto que admitió la demanda, a los demandados, habían transcurrido mucho más de cuatro años, desde que la obligación contenida en el pagaré de autos se hizo exigible. Se quebrantaron los artículos 1º, 5º, 12, 14, 50 y 185 de la L. de Instrumentos Negociables, por cuanto se desconoció el lleno de los requisitos que tales textos exigen para la existencia de un pagaré negociable, requisitos que se cumplen en el presente caso, y que el Tribunal negó por causa del relatado error de hechos hizo, pues, el sentenciador, una indebida aplicación al caso **sub-judice** de tales textos; además violó el artículo 50 citado, concordado con el artículo 121 L. I. N. y con el Art. 1625, C. Civil, por cuanto desconoció que el pagaré negociable en mención fue descargado por la prescripción cuatrienal en referencia, por haber incurrido en el yerro de negarle su evidente carácter de instrumento negociable pagadero **a la orden.** Finalmente, se quebrantaron los arts. 1618, 1928 y 1930 del C. Civil, el primero, en concordancia con el ya citado 14 de la L. de Inc., que ordena estarse más a la intención de las partes que a lo literal de las palabras; y

los dos últimos, por cuanto creyendo erróneamente el Tribunal que estaba en presencia de un simple documento civil de deber, ordenó el pago de una suma de dinero como precio de una compraventa pasada entre los demandados y la sociedad demandante, siendo así que el pagaré negociable en que tal obligación consta estaba prescrito desde mucho antes de incoarse la presente acción. Como los anteriores, es un caso de indebida aplicación de la ley sustantiva, cometida por el sentenciador al confirmar sin reservas el fallo de primera instancia. Y el 2535, C. C., por cuanto no se declaró dicha prescripción".

Se considera:

1.—Como puede verse por las transcripciones hechas, la acusación estriba en que el sentenciador incurrió en evidente error de hecho al interpretar el instrumento presentado por la parte demandante en este juicio, y del cual se desprenden las obligaciones a cargo de los demandados. En sentir del recurrente, el Tribunal no tuvo en cuenta las cláusulas del documento cuestionado, que menciona y analiza en su demanda de las cuales se desprende sin lugar a dudas que la intención de los otorgantes fue emitir un pagaré negociable, regido por las disposiciones de la Ley 46 de 1923.

Aun cuando en el instrumento referido no se encuentra la cláusula expresa **"a la orden"**, el recurrente estima que existen en su texto frases de significado equivalente que revelan inequívocamente la voluntad de los otorgantes en el sentido de hacer transferible el crédito por medio de mero endoso, las que suplen aquella cláusula.

Según esta acusación, como consecuencia del error evidente de hecho en la apreciación del documento, el Tribunal infringió las normas sustantivas mencionadas en su libelo.

2.—En líneas generales, la Sala está de acuerdo con el recurrente en la exposición doctrinal que sirve de fundamentación jurídica al cargo.

De conformidad con los artículos 1º, 5º y 185 de la Ley 46 de 1923, para que un pagaré sea instrumento negociable debe reunir los siguientes requisitos: a) Que se trate de una promesa incondicional de pagar; b) Que conste por escrito; c) Que sea hecha por una persona a otra; d) Que sea firmado por la persona que hace la promesa; e) Que el objeto de la promesa de pagar sea una suma cierta de dinero; f) Que el pago se haga a la presentación o a un término fijo o determinable; g) Que la promesa de pago sea "a la orden" o "al portador".

Según lo anterior, la cláusula expresa "a la orden" o "al portador" es elemento esencial para que el instrumento sea negociable. Por medio de tales palabras se autoriza formalmente la negociabilidad del instrumento.

De acuerdo con el artículo 12 de la Ley 46 de 1923, el instrumento es pagadero a la orden en dos casos: a) Cuando debe cubrirse a la orden de una persona determinada; b) Cuando debe cubrirse a una persona determinada o a su orden.

Pero la doctrina acepta que la cláusula "a la orden" o "al portador", pueda ser sustituída por otras de significado equivalente, o sea, expresiones de las cuales se infiera indudablemente la voluntad del otorgante del pagaré, en el sentido de hacerlo negociable. Si los términos empleados en el texto del instrumento indican claramente el pensamiento o la intención del otorgante al respecto, podrá darse por omitida la fórmula "a la orden" o "al portador".

Tal conclusión de la doctrina encuentra apoyo en la norma del artículo 14 de la Ley 46 de 1923, según el cual "no es necesario que el instrumento se acomode textualmente al lenguaje de esta ley; cualesquiera términos que indiquen claramente la intención de conformarse a sus prescripciones son adecuados". Y aún cuando aquella norma coincide en cierta manera con la contenida en el artículo 1618 del Código Civil, en materia de interpretación de los contratos, conforme al cual "conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras", ha de observarse que dado el principio de literalidad, dominante en el derecho cambiario como seguridad de la circulación del instrumento negociable, éste siempre habrá de interpretarse por los términos del escrito que lo contenga. Por lo que se comprende que la tarea interpretativa del juzgador habrá de ser predominantemente objetiva.

3.—En el caso **sub-judice** los distinguidos juristas que han representado a las partes, y los juzgadores han disentido sobre la interpretación del instrumento exhibido por la parte actora a cargo de los demandados.

Y así, mientras que para los abogados de la parte demandada, y para el juez **a quo** o el magistrado disidente del fallo recurrido, en el instrumento obran cláusulas que indican la intención de crearlo como negociable, para el apoderado de la sociedad actora y los magistrados que

suscribieron el fallo acusado, tales cláusulas no tienen el alcance atribuído por aquéllos.

La Corte ha sostenido de manera constante y reiterada que en lo tocante a las cuestiones de hecho sobre la interpretación de un contrato, el juzgador de instancia goza de un amplio poder discrecional, por lo que su decisión al respecto escapa generalmente al control de la Corte de casación.

En fallo del 24 de marzo de 1955 dijo esta Sala:

"En términos generales es función privativa del tribunal de instancia, interpretar un contrato y fijar el alcance de sus cláusulas mediante el descubrimiento de la intención y propósitos de las partes cuando entre éstas se han suscitado dudas sobre su cabal inteligencia o sobre su verdadero objeto teniendo en cuenta los hechos que han precedido a la convención, el conjunto de circunstancias concomitantes y los hechos subsiguientes sobre su cumplimiento o ejecución. Solamente un notorio y ostensible error de hecho, o un error de derecho, en la apreciación de la prueba sobre tales circunstancias antecedentes, concomitantes o subsiguientes, que hayan servido de base para la interpretación del contrato por el sentenciador, puede dar lugar a una censura viable en casación. Bien se comprende, además, que a menudo el tribunal de instancia, escudriñando la intención y propósitos de los contratantes, empleará principalmente la prueba indiciaria en cuya apreciación es soberano, alejándose la posibilidad de patentizar ante la Corte un evidente error de hecho". (LXXIX, N? 2151, pág. 797).

Ha dicho, además, la Corte que "cuando una cláusula de un contrato puede prestarse a varias interpretaciones razonables, la adopción de cualquiera de ellas, no genera error evidente de hecho, puesto que donde hay duda no puede haber error manifiesto en la interpretación". (Casación: octubre 11 de 1924, XXXI, 148; diciembre 16 de 1933, XLI bis, 97; XLI bis., 245).

En el caso sub judice el error de hecho imputado a la sentencia, no consiste en que el Tribunal no hubiera visto las cláusulas del documento que en concepto del recurrente indican la intención de hacer negociable el pagaré. Sino que en sentir de la acusación, no infirió de ellas tal intención, interpretando la voluntad de los otorgantes en un sentido distinto.

Sin que la Sala tenga que entrar a prohijar integralmente la interpretación dada por el Tribunal, aquí sólo se observa que traída a casación el problema como cuestión de hecho, no aparece el error flagrante o evidente en que hubiera incurrido el sentenciador.

El documento suscrito por los demandados es por lo menos ambiguo. Por medio de él Rosa María Morales (hoy de Matuk) se reconoce deudora de la casa "A. Kiener & Cía." por la suma de £ 1.296-8-8, por razón de mercancías recibidas, cuyo valor tenía dificultad de pagar de contado, obligándose a cancelarlo en cuotas durante un lapso total de 36 meses. En el documento se emplean expresiones equívocas, comunes a los pagarés negociables y a los no negociables, que por lo mismo no definen ciertamente la naturaleza del instrumento. No existe allí la cláusula "a la orden", aunque se habla de que la deudora acepta de antemano "cualquier endoso o traspaso" de la obligación. La deudora da como "fiador mancomunado y solidario al señor Emilio Matuk".

Y el mismo día en que suscriben el documento reconocen judicialmente sus firmas. No aparece en el documento la cláusula acostumbrada sobre excusa de pretexto del pagaré, ni mención alguna a la Ley 46 de 1923.

Todo esto influyó seguramente en la convicción del sentenciador de instancia para considerar que con el otorgamiento del pagaré suscrito por Rosa María Morales y su fiador Emilio Matuk no se emitía un instrumento negociable sino que apenas se buscaba liquidar una situación difícil de negocios de dicha señora con la casa "A. Kiener & Cía."

Ante esta situación, no puede sostenerse en casación que el Tribunal incurriera en un evidente error de hecho en la apreciación del instrumneto, por no haber inferido la intención de los otorgantes atribuída por el recurrente en sus extensas e inteligentes alegaciones.

En síntesis, no aparece de modo manifiesto que por el sentenciador se hubiera hecho una interpretación arbitraria y caprichosa de la voluntad de los otorgantes expresada en el documento.

Lo expuesto es suficiente para rechazar el cargo.

V. — Resolución:

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, No Casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 15 de abril de 1955, dictada en el presente juicio.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devúelvase el expediente al Tribunal de origen.

Manuel Barrera Parra—José J. Gómez R.—José Hernández Arbeláez—Julio Pardo Dávila—Jorge Soto Soto, Oficial Mayor.

SIMULACION ABSOLUTA DE UNOS CONTRATOS.—PRUEBA INDICIARIA

1.—La Corte ha expuesto que el hecho de que el vendedor continúe con el goce del bien dado en venta, por sí mismo no es prueba de la simulación del contrato; y ello es cierto; pero si a ese hecho se agregan otras demostraciones tendientes a verificar la simulación, es natural que aquella situación adquiera un indispensable valor probatorio en concurrencia con otros elementos de convicción.

2.—Uniforme es la doctrina de la Corte al sostener la soberanía de los falladores en la apreciación de la prueba tanto más cuanto ésta está constituída por una concatenación de indicios que es menester considerar no en forma aislada como lo hace el recurrente sino como un todo armónico que lleva a la reconstrucción de la simulación.

3. — No anduvo descaminado el Tribunal cuando consideró que las tres cartas que obran en el juicio constituyen un principio de prueba por escrito emanado del demandado, principio que, como lo aprecia el Tribunal, es una probanza de innegable mérito para relievar la simulación.

4.—Con el principio de prueba por escrito, no se trata de demostrar la verdad del hecho controvertido en el juicio, sino simplemente la verosimilitud del mismo; es decir, no es un medio probatorio directo, sino indirecto. Por tanto, a un escrito del demandado no se le puede negar la calidad de principio de prueba por no contener una confesión sobre el hecho litigioso; exigir esto es confundir el principio de prueba con la plena prueba. Cuando se trata de principio de prueba por escrito la apreciación sobre la mayor o menor verosimilitud del respectivo hecho litigioso corresponde, por lo general al juzgador de instancia y no al de casación. (Casación civil, 27 de octubre de 1954, T. LXXVIII).

5.—El fallador de instancia tiene autonomía para interpretar la demanda, interpretación que no puede ser cambiada por la Corte sino cuando se alegue y demuestre un manifiesto error de hecho.

6.—Para que pueda prosperar en casación el ataque por error de hecho, es absolutamente indispensable que ese error, como lo anota la ley, aparezca de manera manifiesta; la sola duda que pueda ofrecerse en la apreciación de hechos que el fallador tuvo como demostrados, no origina, no puede ser fundamento viable para infirmar una sentencia. Y el error de derecho, que consiste, como es sabido, en la discordancia de la apreciación del valor probatorio que el fallador le dé a una prueba, con el señalado por la respectiva norma legal, precisa que se determine cuál ha sido la norma probatoria que se estime violada.

7.—En tratándose de la prueba de indicios que es la más importante en este negocio, los falladores tienen un campo de apreciación muy amplio, como que las deducciones e inferencias que ella produce se basan en razonamientos hechos por los Jueces en donde la conciencia juega un papel decisivo. Para que en este aspecto pueda prosperar un cargo, es necesario demostrar plenamente, que el hecho indicador es falso y que, por consecuencia, es errónea la conclusión.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil—Bogotá, quince de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada en el ordinario promovido por las señoras **Emma Gregoria Mejía de Mojica** y **Ana Gregoria Mejía de Machuca Meléndez** en nombre de la sucesión intestada del doctor Siervo Mejía G. en su carácter de hijas legítimas, contra el doctor Miguel A. Angarita Garzón y la señora Ana Elvira Angarita Garzón v. de Mejía, Justo Parra, Jesús León, y Honorio Garzón, juicio definido por sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa

de Viterbo el doce (12) de noviembre de mil novecientos cincuenta y tres (1953).

Antecedentes

El fallador de instancia los anota así: "El doctor Siervo Mejía G. contrajo matrimonio con la señora Briceida Sandoval el veintiocho de octubre de mil novecientos diez y de él tuvieron dos hijas: Emma Gregoria y Ana Gregoria, nacidas en febrero de mil novecientos doce y en mayo de mil novecientos diez y seis, respectivamente.

"Muerta doña Briceida Sandoval en diciembre de mil novecientos veintidós, el doctor Siervo Mejía dijo comprar a sus dos hijas Ana Gregoria y Emma Gregoria, y éstas vender, por la cantidad de cien pesos, los derechos en la sucesión de su madre, contrato recogido en la escritura 219 de la Notaría Segunda de Tunja, el catorce de agosto de mil novecientos treinta y tres.

"Habiendo contraído matrimonio sus dos hijas, Emma Gregoria y Ana Gregoria, el doctor Siervo Mejía otorgó la escritura número 266 de diez de septiembre de mil novecientos treinta y seis de la Notaría Segunda de Soatá, por la cual dijo vender al doctor Miguel A. Angarita Garzón, los derechos y acciones por gananciales en su condición de cónyuge sobreviviente en la sociedad conyugal ilíquida Mejía-Sandoval, y por compra hecha a sus hijas Emma Gregoria y Ana Gregoria de la parte que de tales gananciales les correspondía y dos globos de tierra denominados 'Ríoalto y Sianoga', y 'La Caldera', de la ubicación y linderos especificados allí, por la cantidad de cuarenta y un mil pesos, de los cuales manifiesta tener recibidos el vendedor veintiún mil pesos; y a la señorita Ana Elvira Angarita G., dijo venderle tres globos de tierra denominados 'Los Huvos', 'Simaringa' y 'El Morro', de la situación y linderos allí especificados, por la cantidad de diez mil pesos que manifiesta tener recibidos el vendedor de manos de la compradora.

"El veintiocho de noviembre del mismo año de mil novecientos treinta y seis, el doctor Siervo Mejía contrajo matrimonio con la señorita Elvira Angarita Garzón.

"El dos de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco, por escritura número 90 de la Notaría 2ª de Soatá, el doctor Miguel A. Angarita Garzón, dijo transferir en venta a Honorio Garzón, por intermedio de Jesús León, parte de los bienes que aquél dijo comprarle al doctor Siervo Mejía G. por la referida escritura 266, por la cantidad de tres mil pesos ($ 3.000.00).

"El seis de marzo de mil novecientos cuarenta y seis el doctor Angarita Garzón por escritura número 74 de la misma Notaría 2ª de Soatá, dijo vender a Justo Parra B. la tercera parte de las fincas de 'Ríoalto y Sianoga' y 'La Caldera', por la suma de $ 5.000.00 pesos.

"El ocho de marzo del mismo año de mil novecientos cuarenta y seis, murió el doctor Siervo Mejía G.

"Por último, el doctor Angarita Garzón celebró con su pariente Honorio Garzón un contrato de permuta que recogió la escritura 176 otorgada en la Notaría 2ª de Soatá, el veintisiete de junio de mil novecientos cuarenta y seis, contrato según el cual Angarita dijo transferir a Garzón una cuota por valor de $ 624.00 pesos sobre un avalúo de $ 2.040.00 pesos, en el inmueble denominado 'El Muelle o Loma Amarilla', recibiendo en cambio los lotes de terreno que figuran como transferidos por Angarita Garzón por la escritura número 90, reservándose éste sólo una parte de los allí expresados. El valor de la permuta fue de $ 650.00 pesos.

"En tales condiciones, las señoras Emma Gregoria y Ana Gregoria Mejía a nombre de la sucesión intestada del doctor Siervo Mejía G. y en su carácter de hijas legítimas de éste instauraron demanda ordinaria contra el doctor Miguel Angarita y Ana Elvira Angarita v. de Mejía, Juan Parra B., Jesús León y Honorio Garzón a fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera.—Que Emma Gregoria Mejía de Mojica y Ana Gregoria Mejía de Machuca Meléndez son herederas del doctor Siervo Mejía G. a título de hijas legítimas de éste y que en tal virtud representan a la sucesión intestada de su padre.

"Segunda.—Que son absolutamente simulados y por consiguiente inexistentes, los contratos contenidos en las siguientes escrituras: La número 266 de 10 de septiembre de 1936, en la que aparece como vendedor el doctor Siervo Mejía G. y como compradores los hermanos Miguel y Ana Elvira Angarita Garzón; la número 90 de fecha 2 de marzo de 1945, según la cual Miguel Angarita Garzón dice vender a Jesús Leon para Honorio Garzón, parte de los bienes relacionados en la escritura 266 de 10 de septiembre de 1936, y la número 74 de 6 de marzo de 1946, en la cual Miguel Angarita Garzón dice vender a Justo Pa-

rra B., cuotas partes de algunos de los bienes relacionados en la misma escritura 266 de 10 de septiembre de 1936, todas las cuales fueron pasadas en la Notaría Segunda del Circuito de Soatá.

"Tercera.—Que como consecuencia de la declaración impetrada en el punto anterior, los demandados deben restituir, "o los que los retengan de ellos", a la sucesión del doctor Siervo Mejía G., representada por las demandantes, los bienes objeto de las tradiciones a que se refieren las escrituras mencionadas, junto con sus frutos naturales y civiles, como poseedores de mala fe, bienes que son los siguientes: a) El fundo denominado 'Ríoalto o Sianoga', ubicado en la vereda de 'El Hato', jurisdicción de Onzaga, compuesto de los siguientes lotes que forman un solo globo: 'Balsora', 'Ríoalto', 'Chiquito', 'Piedra Gorda', 'Canoas', 'Maratón', 'Moncacia', 'La Reserva', alinderado el fundo en general como se expresa en este ordinal; b) El fundo denominado 'La Caldera', integrado por estos lotes: 'Peñitas y Tapias', 'Corraleja', 'Pozo Hondo', 'La Laguna', 'La Hoya', 'San Francisco', 'El Contento', 'Salitre', 'Casavieja', 'Huerta de Blanco', 'Lagunita', 'La Mesa', 'El Potrerito', 'Arrayán' y 'La Loma alta', ubicado en la vereda de La Caldera, jurisdicción municipal de Sativasur, según los linderos generales especificados en este ordinal. c) El inmueble denominado 'Los Uvos', integrado por los lotes siguientes: 'Los Pozos', 'Balcones', 'El Uvito', 'El Jaboncillo', 'Los Tunos', 'El Potrero de 'El Medio', 'El Uvo', y 'El Hoyo de la Arena', inmueble ubicado en las veredas de Centro Téquita, jurisdicción municipal de Sativanorte, y demarcado como se expresa en este ordinal. e) El inmueble denominado 'El Morro', vereda de Tobachía, jurisdicción municipal de Sativasur según los linderos especificados en este ordinal.

"Cuarta.—Que se cancele el registro de las tres escrituras especificadas en la segunda petición, para lo cual debe oficiarse a los respectivos Registradores.

"Quinta.—Que se condene al pago de las costas procesales a los demandados que se opongan a la demanda".

Subsidiariamente hacen estas peticiones:

"Primera.—Que se declare relativamente simulados los contratos que recogen las tres escrituras relacionadas en la segunda petición principal, y en consecuencia, "la nulidad absoluta de las donaciones entre vivos que pudieran alegarse como acto oculto y real encubierto por las aparentes ventas públicas, por falta de insinuación, teniendo en cuenta el valor de los bienes objeto de ellas.

"Segunda.—La restitución al haber de la sucesión del doctor Siervo Mejía G., representada por sus hijas legítimas, de los bienes objeto de las simulaciones relativas y de las donaciones encubiertas y afectadas de nulidad absoluta, junto con los frutos naturales y civiles, cuyo valor habrá de fijarse pericialmente dentro del juicio.

"Tercera.—La cancelación del registro de las tres escrituras mencionadas en la primera petición subsidiaria, para cuyo efecto debe oficiarse a los registradores respectivos.

"Cuarta.—Que se condene en costas a los demandados que se opongan a la demanda.

"Como fundamentos de hecho señalan los siguientes:

"1º—El doctor Siervo Mejía G., natural y vecino de Sativanorte, se casó en primeras nupcias con la señora Briceida Sandoval el 24 de octubre de 1910, y de este matrimonio tuvo dos hijas, Emma Gregoria y Ana Gregoria Mejía Sandoval.

"2º—La señora Briceida Sandoval falleció a los cuarenta y cinco años de edad, el 8 de diciembre de 1922.

"3º—Las dos hijas quedaron en poder de su padre, menores aún, siendo sumisas y obedientes hasta el sacrificio.

"4º—El doctor Mejía G. contrajo segundas nupcias con la señora Ana Elvira Angarita Garzón, en Soatá, el 28 de noviembre de 1936. Esta señora gozó de especiales privilegios en casa del doctor Mejía G. desde mucho antes de casarse, lo que creó para las hijas graves dificultades con su padre.

"5º—La demandada Ana Elvira Angarita Garzón y su hermano Miguel ejercieron poderosa influencia sobre el médico Mejía G., hasta tal punto decisiva, que el afecto del padre se tornó en desafecto franco, y éste en hostilidad sistemática para sus hijas, a quienes se les hizo la vida del hogar insoportable.

"6º—El doctor Mejía G., que era casi un avaro, se oponía al matrimonio de las hijas, cuyo pensamiento no más lo exasperaba. Impidió que fueran tratadas por los jóvenes que las admiraban y terminó últimamente por aislas. Pero ellas cediendo a un natural impulso vital y con el humano deseo de mejorar de tratamiento, determinaron casarse con jóvenes de limpia vida y posición social. Tal hecho lo consideró como una grave irreverencia que lo prendió en cólera. Hábilmente mantenida y dirigida esta ira por los Angarita

Garzón, dio como resultado las ventas simuladas de todos sus bienes, sirviendo los hermanos Angarita Garzón de testaferros interesados.

"7º—Intransigente Mejía G. en su empeño de impedir el matrimonio de sus hijas, autoritariamente las obligó a que le escriturasen los derechos en la sucesión de la madre, sin parar mientes en que una de ellas era menor de edad y de que el precio de cien pesos dado a esos derechos dejaba margen para hallar fácilmente la verdadera finalidad de la operación.

"8º—Desde mucho antes de casarse el doctor Mejía G. con doña Ana Elvira, las relaciones íntimas entre los dos eran una situación casi pública, advertida por las hijas de aquél y la causa primordial del desequilibrio que sufrió el ambiente de armonía que había entre padre e hijas, teniendo éstas que soportar con fortaleza de ánimo las explosiones del mal humor de los nuevos cónyuges, que se intensificaron con el matrimonio, hecho del cual doña Elvira extrajo autoridad para asumir, con el respaldo de su marido, la dirección absoluta de la casa y la tiránica autonomía de que hizo alarde.

"9º—La indignación de Mejía G. con sus hijas por haberse casado fue aprovechada hábilmente por los Angarita Garzón, Miguel, por medio de correspondencia privada y visitas al médico, y Ana Elvira con el poder de su feminidad, consiguieron convencerlo de que debía escriturarles simultáneamente sus bienes para de ese modo hacer ilusorios los propósitos de los yernos, a quienes acusaban de haber realizado matrimonio interesado. De esta labor resultó la escritura 266 de 10 de septiembre de 1936 de la Notaría Segunda de Soatá y el consiguiente desheredamiento de las hijas, mis mandantes.

"10º—Con el otorgamiento de la escritura 266 estaba concertado el matrimonio de Mejía G. con Ana Elvira, hecho que se consumó pocos días después de firmado dicho instrumento.

"11º—Miguel Angarita G. pasó a Jesús León, quien dijo comprar para Honorio Garzón, cuñado y primo de aquél, parte de los bienes relacionados en la escritura 266. Esta operación simulada también, se hizo constar en la escritura pública número 90 de la Notaría 2ª de Soatá, de fecha 2 de marzo de 1945. Quien ordenó esta maniobra a León fue el propio doctor Mejía G. de quien era sirviente, aunque el consejo fue de Angarita G.

"12.—Ni los Angarita Garzón, ni Jesús León ni Honorio Garzón, dieron dinero como precio de los inmuebles objeto de las ventas mentirosa Mejía G. tampoco entregó los bienes. Aquéllo los aparentes compradores, nunca tuvieron la in tención de adquirir esos bienes, ni Mejía G. l de transferirlos. Se trataba de maniobras fraudu lentas, resultados todos de una misma tramoy contra unas mismas víctimas: las hijas de Mejí G. Para la mayor parte de los supuestos compra dores eran, cuando se firmaron las escrituras, lo siguen siendo aún, desconocidos los inmuebles

"13.—Los Angarita Garzón carecían de capaci dad económica para cubrir el precio fijado a lo bienes, pues han sido reconocidamente pobres. E padre, de profesión leguleyo y poco escrupuloso pasó los postreros años de su existencia en las cárceles de Santa Rosa de V. purgando pena por delitos contra la fe.

"14.—El valor comercial de los bienes en la fecha del contrato relacionado en la escritura 266 era varias veces mayor al fijado en este instrumento. La sola hacienda de 'Roalto y Sianoga' valía varios centenares de miles de pesos.

"15.—El doctor Mejía G. cuando se dio cuenta de que la vida se le fugaba, llamó desesperadamente a Miguel Angarita G. y exigió reiteradamente a su esposa lo hiciera venir para arreglar lo relacionado con sus bienes y con sus hijas, respondiendo al grito clamoroso de la conciencia. Pero no lo consiguió. Angarita G. en vez de atender el llamamiento del moribundo, seguro de que el trance era definitivo, se apresuró a escriturar a Justo Parra B., compañero de trucos y combinaciones lo que creyó estaba aún en su poder por virtud de la escritura 266. Esta audaz operación se consumó por medio de la escritura 74 de 6 de marzo de 1946, de la Notaría 2ª de Soatá, siendo, como las dos anteriores un simulacro de contrato, pues ni Angarita tuvo intención de transferir, ya que nada tenía en realidad, ni recibió suma alguna por concepto de precio, ni Parra B. tuvo intención de adquirir, pues no entregó dinero alguno.

"16.—León, Garzón y Parra B. han intervenido en estas operaciones como simples testaferros de los Angarita Garzón. Y estos con la esperanza de quedarse a la larga con los bienes de Mejía G., aprovecando la senectud de éste y haciendo resistencia a la devolución de las escrituras, los hermanos Angarita G. sirvieron, en principio, como instrumentos de una venganza del padre con las hijas. Ahora, desaparecido el dueño del caudal pretenden apropiarse, utilizando para

llo las escrituras que contienen los contratos simulados.

"17.—Mejía G., agobiado por el peso de sus grandes errores, falleció en Sativanorte, el 8 de marzo de 1946, dos días después de haber firmado Miguel Angarita, a favor de su íntimo Parra B. la escritura 74, que fue resultado del justo cálculo que se hizo de que el cuñado estaba para entrar en agonía definitiva. Pero en los momentos preagónicos Mejía G., convencido de que ya le era imposible realizar el acto de justicia que se proponía con la llamada de Miguel Angarita G., señaló a su hija Emma Gregoria, en cuyos brazos piadosos expiró, el medio de evidenciar la verdad en cuanto constituyó la más oscura tragedia de su vida.

"18.—A la muerte del doctor Mejía G. quedaron en sus campos muchos semovientes y cereales. Como todo eso era del médico extinto, la distribución se hizo amigablemente entre la viuda y las hijas del causante, interviniendo en ella Miguel. Nunca disputaron los Angarita G. la pertenencia patrimonial de esos bienes demostrando con eso que los fundos estuvieron en poder de Mejía G. hasta su muerte con plena autonomía de usufructo y administración.

"19.—Pocos días de hecha la distribución de los semovientes y granos, los Angarita G. provocaron una transacción con las señoras Mejía Luégo, de discusiones más o menos accidentadas sobre los bienes que cada cual podía llevar, en las cuales intervinieron los esposos de las herederas, se firmó con fecha nueve de abril de mil novecientos cuarenta y seis una promesa de contrato de venta de "La Calera" y una cuota en las tierras de páramo de "Rioalto" y "Sianoga", siendo promitente vendedor Miguel Angarita G. y promitentes compradores las señoras Mejía. Se trataba también de una venta simulada.

"20.—Sin advertir la gravedad del hecho, el mismo Angarita G. fijó como precio de las cosas objeto de la venta prometida la suma de **cuatro mil seiscientos pesos**, olvidando que los bienes objeto del contrato valen comercialmente más de sesenta mil pesos, que él mismo quiso en la escritura 266 de 10 de septiembre de 1936 se les estimase en quince mil pesos. Esto revela claramente la ficción de las operaciones y que el último móvil de la promesa, como en efecto lo fue, era el reconocimiento indirecto pero elocuentísimo del derecho de las señoras Mejía a los bienes de su padre y de la simulación de los contratos demandados.

"21.—Cuando Miguel Angarita G. firmó la promesa con las señoras Mejía, ya había vendido del inmueble "La Caldera" una tercera parte a Parra B. y otra porción a Jesús León, uno de los testaferros. Esto revela mala fe, las simulaciones, y una ofuscación de criterio denunciador de la tragedia que se operaba en su ánimo.

"22.—Hombres y mujeres, potentados y miserables, personas de la ciudad y del campo, todos los habitantes de la basta región del Norte de Boyacá, saben que cuanto afirmo en los hechos enumerados es la verdad. Saben que los Angarita G. levantaron entre el doctor Siervo Mejía y sus hijas una muralla de prejuicios y consejas, que impidió que el padre aceptase el acercamiento que aquellas anhelaron. Saben que las señoras Mejía buscaron dignamente la reconciliación con su padre, finalidad nunca alcanzada por obra de los hermanos Angarita G., favoritos y consejeros del médico, cuyas laxitudes de voluntad supieron aprovechar en su propio beneficio. Y saben más: Que los bienes del doctor Mejía G., que en un momento de locura senil escrituró a los Angarita Garzón, son el patrimonio de sus hijas legítimas y que en el último instante de su existencia, en la angustiosa contracción de sus labios, como protesta contra la iniquidad que quiso remediar, pero que uno de sus cómplices, o ambos, no se lo permitieron, quedó un profundo gesto de dolor y de amargura, que recogió como tributo a sus lágrimas, la hija buena que lo lloraba sinceramente a pesar de la hiel que libó a lo largo de los años de ostracismo familiar a que la sometió, junto con su hermana, una conducta anticristiana aconsejada y sostenida por los Angarita Garzón.

"23.—Angarita Garzón incumplió la promesa de venta de "La Calera". Pero esta finca la ocupó de hecho la señora Ana Gregoria, sin oposición de nadie, pues estaba en poder de su padre cuando éste murió.

"24.—Como todos los bienes objeto de los contratos simulados estaban en poder de su dueño el doctor Siervo Mejía G., pues ni siquiera son conocidos algunos de ellos por los farsantes vendedores y compradores, la señora Ana Gregoria ocupó de hecho la finca de "Rioalto y Sinoga", recibiendo la colaboración de los administradores, aparceros y concertados que Mejía G. tenía allí, quienes siguen viendo en las hijas de Mejía G. único patrón dueño conocido de ellos, a sus verdaderas herederas, ya que a lo largo de más de cuarenta años sólo supieron por hechos evidentes que era el doctor Siervo Mejía G. dueño

del capital, derecho que ejerció hasta su muerte, por ministerio de ellos mismos.

"25.—Al pasar Mejía G. sus bienes, en forma mar a las hijas y a los yernos y hacerles creer simulada a los Angarita Garzón, se propuso alarmar a las hijas y a los yernos y hacerles creer que sancionaba con el desheredamiento su matrimonio, que juzgó una falta. Pero este acto de ira incontrolada nunca pasó de ser una farsa en el fondo. El haber del médico siguió inalterablemente en su poder, sin permitirles a los que recibieron la escritura el considerarse ni remotamente como dueños de ellos.

"26.—Las escrituras de Miguel Angarita G. a favor de Jesús León y Justo Parra B. fueron dos farzas más, pero encaminadas a poner fuéra del alcance del doctor Mejía y de sus hijas legítimas sus bienes, o al menos, dificultar la recuperación del título, pues, como ya se dijo en otro punto, esas escrituras no recogen contratos serios, sino simulaciones integrales.

"27.—La escritura de Miguel Angarita G. a Justo Parra B. no fue conocida del doctor Mejía G.

"28.—Los bienes objeto de las ventas simuladas valen más de cien mil pesos. Si se sostiene que se trata no de ventas sino de donaciones, no se insinuaron y por eso son nulas absolutamente.

"29.—La señora Emma Gregoria se casó con el doctor Juan María Mojica, y la señora Ana Gregoria con el doctor Marco A. Machuca Meléndez. Estos matrimonios han sido ejemplo de armonía y comprensión, y en ambos hay hijos que se están educando.

"30.—Por tratarse de una acción mixta, es usted el competente para conocer de esta demanda, teniendo en cuenta el domicilio de los demandados.

"Como fundamentos de derecho señala los artículos 663, inciso 6º, 946, 947, 950, 954, 1457, 1458, 1502, 1503, 1515, 1524, y concordantes del C. C.

"Estima la cuantía de la acción en más de **cien mil pesos**".

Con excepción del demandado Jesús León Joya, quien asintió a las súplicas de la demanda y sostuvo enfáticamente que los contratos contenidos en los títulos escriturarios que se han relacionado son simulados, los demás, se opusieron a la acción.

Tanto el doctor Miguel Angarita Garzón como Justo Parra B., propusieron sendas demandas de reconvención.

Angarita pidió: que se declare que el contrademandante tiene el dominio y posesión de la **tercera parte** de los bienes que allí se especifican.

2º Que en consecuencia, se condene a la sucesión del doctor Siervo Mejía G. representada por las señoras Elvira Angarita, viuda de Mejía en su condición de cónyuge sobreviviente, y Emma Gregoria Mejía de Mojica, y Ana Gregoria Mejía de Machuca Meléndez, en su condición de hijas legítimas del doctor Mejía, a restituír y entregar los bienes determinados en la contrademanda y los frutos correspondientes.

Como hechos esenciales de la demanda se anotaron: que por escritura número 266 ya cuestionada, el doctor Siervo Mejía G. le transfirió al reconviniente en venta real y efectiva los bienes relacionados en la contrademanda; que desde la fecha del instrumento, Angarita entró en la posesión inscrita y material de los inmuebles que dio en arrendamiento al doctor Mejía según la prueba pertinente; que Angarita, como dueño de esos bienes, por escritura número 90 de 2 de marzo de 1945 le vendió a Honorio Garzón, por intermedio de Jesús León, los lotes especificados en aquella escritura, pero bajo la condición de que el comprador Garzón respetaría el arriendo hecho al doctor Mejía, y que mientras se cumplía aquél plazo, Angarita Garzón le reconocería el respectivo cánon de arrendamiento al comprador; que por escritura número 74, de 6 de marzo de 1946, Angarita Garzón le vendió a Justo Parra B. la **tercera parte** de los lotes de terreno relacionados en la primera súplica, quedando Parra como dueño de dichas cuotas; que el 27 de junio de 1946, por escritura número 176 Angarita permutó con Honorio Garzón dándole a éste una cuota de dominio por valor de $ 624.00 sobre un avalúo de $ 2.040.00 pesos en el terreno denominado "El Muelle o Loma Amarilla", de la jurisdicción de Sativasur, y Garzón dándole en cambio los demás bienes que se determinan en esa escritura con el fin de completar las cuotas de dominio vendidas a Justo Parra, de acuerdo con lo que se obligó en aquella escritura; que el doctor Mejía, según documento privado, declaró haber recibido de Angarita Garzón el último resto en dinero efectivo que le había quedado debiendo por concepto del contrato recogido en la escritura número 266, que cuando el doctor Mejía falleció estaba usufructuando los terrenos de "Ríoalto" y "Sianoga", y la finca de "La Caldera", como arrendatario de Angarita Garzón, según documento fechado el 29 de enero de 1945; que como el plazo del arrendamiento no se había cumplido, Emma Gregoria y Ana Gregoria Mejía,

omo hijas legítimas del doctor Mejía, ocuparon n su orden las fincas mencionadas y las han cupado de hecho desde el 1º de enero de 1947 n adelante, y como ocupantes de hecho están en l deber de restituírlas en su totalidad para obener las **dos terceras partes** que reclama Angaita Garzón; estas señoras han venido usufrucuando de mala fe y sin título ninguno las refeidas fincas; que tales fincas estaban en poder de Angarita Garzón como dueño y poseedor inscrito y material de ellas "en su mayor parte", pues el doctor Mejía era únicamente el tenedor de ellas, según arrendamiento cuyo plazo se venció el último de diciembre de 1946; que desde la época en que Angarita Garzón compró las fincas relacionadas en la escritura número 266 ha venido denunciando esos bienes por ser de su propiedad para los efectos de los impuestos de patrimonio y renta, y ha venido pagando dichos impuestos denunciando también el valor de los arrendamientos de las fincas de "Rioalto" y "Sianoga", y de la "Caldera".

"Admitida la demanda de reconvención y la corección de ella, consistente en referirse a las **dos terceras partes** y no a la tercera como lo hizo en la súplica primera del libelo original la señora Ana Elvira Angarita v. de Mejía, la contestó conviniendo en el 'derecho alegado por el doctor Angarita Garzón, ya que ese derecho está fundado sobre los documentos o escrituras públicas; las otras demandadas, Emma Gregoria y Ana Gregoria se opusieron a las declaraciones solicitadas, negando los hechos.

El demandado, Justo Parra Buitrago, en su contrademanda solicitó que se declarara:

1º.—Que es dueño y poseedor inscrito de la tercera parte de los bienes que se especifican en la súplica;

2º.—Que consecuencialmente se condene a la sucesión ilíquida del doctor Siervo Mejía G., representada por su cónyuge y sus dos hijas legítimas ya nombradas a restituír los terrenos alinderados, de acuerdo con las cuotas fijadas en la escritura;

3º—Que Parra Buitrago es tercer poseedor con justo título y buena fe, de la tercera parte de los inmuebles determinados en la súplica primera por haberlos comprado al doctor Angarita Garzón, según escritura número 74 de 6 de marzo de 1946, y no haber intervenido en el contrato recogido en la escritura número 266 de 10 de septiembre de 1936.

En los hechos fundamentales se insertan varios antecedentes escriturarios que se han mencionado anteriormente, y agrega: "La Sra. Emma Gregoria Mejía, aprovechando la circunstancia de tener la finca de "Rioalto" y "Sinaoga" en su poder, como continuadora del contrato de arrendamiento del doctor Siervo Mejía G., el 10 de junio de 1946, solicitó del Juzgado de Onzaga el secuestro de dicha finca, diligencia que se llevó a cabo el 21 de junio de aquel mismo año, diciendo que pertenecía a la sucesión del doctor Siervo Mejía Gómez. 11. El Juzgado Civil del Circuito de Soatá, en providencia fechada el 17 de diciembre de 1946, levantó el secuestro de la finca denominada "Rioalto y Sianoga", y de esa providencia apeló el apoderado de la señora Emma Gregoria Mejía, y el negocio se encuentra ante el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, para decidir el recurso. 12. La finca de la "Caldera", en la jurisdicción municipal de Sativazur, la ocupó la señora Ana Gregoria Mejía, como heredera y continuadora del doctor Siervo Mejía, según el contrato de arrendamiento que de esa finca le había hecho el doctor Angarita. 13. Por las razones expuestas en los cuatro hechos inmediatos anteriores, Justo Parra B., dice, es poseedor inscrito de los bienes que compró al doctor Miguel A. Angarita, 'pero la tenencia de éllos se halla en poder de las referidas señoras Emma Gregoria y Ana Gregoria Mejía, quienes las ocuparon de hecho, conforme lo confiesan en los hechos 23 y 24 de la demanda principal, sin oposición de nadie, según lo afirman, porque estaba en poder de su padre, el doctor Siervo Mejía, cuando éste faleció, pero él era tenedor de ese tiempo, en su condición de arrendatario de dichas fincas, según ya se vio'. 14. Justo Parra B., con conocimiento pleno y justificado de que el doctor Angarita Garzón era el dueño integral y poseedor de los bienes relacionados en la escritura 266 citada, celebró el contrato referente a la tercera parte de esos bienes, cuya restitución reclama el demandante.

Esta contrademanda fue contestada así: La señora Angarita, viuda de Mejía reconoce el derecho alegado y sólo se opone a que se decrete la restitución, porque dice no estar en posesión de las fincas en las cuales se halla vinculada la cuota que reclama el contrademandante; acepta todos y cada uno de los hechos.

"Las señoras Mejía de Mojica y Mejía de Machuca Meléndez se oponen a que se hagan las declaraciones impetradas, porque ellas son la negación de las súplicas invocadas en la demanda principal, ya que los contratos en que dice Parra B. fundamentar su derecho son simulados"; por

consiguiente, el contrademandante no puede ser considerado como tercero respecto del título inscriturario por el cual dice haber adquirido el derecho que reclama, y aunque es tercero con relación al contrato recogido en la escritura por la cual su vendedor, el doctor Angarita G. dijo haber adquirido en mayor extensión los bienes cuya cuota dijo transferir a Justo Parra B., éste al celebrar tal contrato y aunque no intervino como parte en el de su tradente, no obró de buena fe, puesto que sabía que el de su vendedor era simulado y aún más, era simulado el del reconviniente en cuanto a la adquisición de las cuotas partes reclamadas... En cuanto a la apreciación de la cuantía, me permito hacerle saber al apoderado de don Justo Parra B. que el doctor Angarita lo engañó, dándole por $ 5.000 pesos fincas como la tercera parte de "La Caldera", cuyo valor comercial es de $ 80.000.00 pesos, y la tercera parte de "Rioalto y Sianoga", vale $ 70.000.00 pesos, por tanto se me hace muy modesta la cuantía de $ 20.000.00 pesos.

Sentencias de instancia.

El Juzgado del Circuito remató el negocio, así:

"1º Declárase que las señoras Emma Gregoria Mejía de Mojica y Ana Gregoria Mejía de Machuca Meléndez, son herederas del doctor Siervo Mejía G., en su calidad de hijas legítimas y en tal carácter representan a la sucesión intestada de éste;

"2º Declárase absolutamente simulados y consiguientemente inexistentes los contratos relacionados en las escrituras públicas números 266 de 10 de septiembre de 1936, 90 de 2 de marzo de 1945, y 74 de fecha 6 de marzo de 1946, todas de la Notaría 2ª del Circuito de Soatá;

"3º Declárase que los bienes relacionados en las escrituras mencionadas, no salieron por esos actos, del patrimonio del doctor Siervo Mejía G., y que hoy pertenecen a la sucesión de éste;

"4º Declárase por lo tanto, que esos bienes son de la mencionada sucesión, representada por sus herederos legítimos;

"5º Líbrense sendos oficios al Notario Segundo de Soatá y Registradores de esta ciudad, y San Gil, para que hagan las cancelaciones del caso de las escrituras números: doscientos sesenta y seis (266), noventa (90) y setenta y cuatro (74) el Notario, y de las inscripciones correspondientes los Registradores.

"6º Decláranse no probadas las excepciones propuestas.

"7º No se hacen las declaraciones pedidas en las demandas de reconvención.

"8º No es el caso de hacer las demás declaraciones impetradas en la demanda principal.

"9º Regístrase la presente sentencia en los libros respectivos.

"10. Líbrense los oficios del caso a los Registradores correspondientes, para la cancelación de la inscripción de la demanda.

"11. Envíese copia de la presente providencia, una vez ejecutoriada, al señor Juez Penal de este Circuito, con inclusión de las piezas pertinentes, para que aquella entidad resuelva lo concerniente.

"12. Condénase en costas a los demandados, con excepción del señor Jesús León, quien no hizo oposición".

Esta sentencia fue apelada por la parte demandada.

La Segunda Instancia.

La providencia proferida por el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo hizo un detenido estudio tanto de la naturaleza misma de la acción incoada por lo que dice relación a su estructura legal, doctrinaria y jurisprudencial, como por el análisis de la cuestión de hecho ofrecida a la Justicia; el estudio del elenco probatorio traído al debate fue hecho no solamente en forma singularizada sino que, en tratándose de prueba indicial, en su mayor parte, hubo de verificarse una reconstrucción de la simulación demandada, enlazando, haciendo concurrentes los diversos elementos de convicción que figuran en el juicio. El presente fallo tendrá necesariamente que transcribir gran parte del análisis realizado por el fallador, porque está hecho con severa meditación, para llegar a la sentencia objeto del presente recurso que confirmó la del inferior.

Demandas de casación.

Como se ha dicho, los demandados interpusieron el recurso con excepción de Honorio Garzón.

Demanda de Miguel Angarita Garzón.

Su apoderado acusa la sentencia por las siguientes causales:

I.—Violación de la ley sustantiva, por errores de hecho y de derecho que se destacan ostensiblemente en los autos y que consisten en falta de apreciación y apreciación errónea de las pruebas indiciarias.

II.—Violación de la ley sustantiva, por error de derecho en la apreciación de la demanda principal, y el cual error se destaca con toda evidencia en los autos.

III.—Violación de la ley sustantiva proveniente de error de hecho, consistente en falta de apreciación de las pruebas relativas a la demanda de reconvención.

IV.—La sentencia recurrida no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Para proceder al examen de los ataques dirigidos contra la sentencia, se examina el cuarto que dice relación a un supuesto error in procedendo.

Por la nomenclatura del cargo se alude a la causal 2ª del Art. 520 del C. J. Y se hace consistir en que en la sentencia de primera instancia, confirmada por el Tribunal fallador, se ordenó dirigir un oficio al Notario 2º del Circuito de Soatá para que cancelara las escrituras a que alude esa ordenación, "sin que en la demanda principal se hubiere hecho tal solicitud, pues los demandantes sólo pidieron que se cancele el registro de las escrituras y que en esa virtud la sentencia recurrida hizo de oficio condenaciones que no fueron discutidas en el respectivo litigio, que se salen del ámbito de las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, que se hallan fuéra del cuasi-contrato de litis contestatio, y en consecuencia se pronunció un fallo ultra petita y que desde este punto el Tribunal fallador infringió los artículos 471 y 472 del C. J., que son disposiciones sustantivas".

La Corte considera:

Lo dispuesto por los falladores de instancia para que se cancelaran las escrituras cuya simulación absoluta fue declarada, es una consecuencia de la resolución de fondo sin cuya realización práctica podría la sentencia ocasionar perjuicios a terceros. Ordenando cancelar el registro de las escrituras, como fue solicitado en la demanda es obvio que ello implicaba la cancelación de las escrituras ya como consecuencia de la cancelación del registro, ora como tácito pedimento contenido en la súplica de simulación. El fallo no tendría un cabal cumplimiento sin las cancelaciones que fueron ordenadas. Ni puede sostenerse que la cancelación de las escrituras no fue cuestión discutida en el litigio, y que por tanto su ordenación implica una condena ultra petita, porque aún en el supuesto de haberse formulado como súplica expresa, sobre ello no podría presentarse una controversia, porque se trataría simplemente de la ejecución del fallo, en sus proposiciones esenciales.

No se acepta el cargo.

Causal primera ya anotada.

El recurrente en este cargo formula varios ataques que irán contestándose a medida que se vayan relacionando. Dice el recurrente: "Todas las inferencias y conjeturas de la sentencia recurrida giran en torno de esta idea básica: Que la transferencia que el doctor Siervo Mejía G. le hizo a Angarita Garzón y a la entonces señorita Elvira, por medio de la escritura número 266, no tuvo otro objeto que el privar a las legitimarias, las señoras demandantes, de los derechos que pudieran corresponderles en la sucesión de su padre y a la vez tradente, doctor Siervo Mejía G., con motivo de la oposición que éste hacía al matrimonio que ellas diz que contrajeron con los doctores Juan María Mojica y Marco A. Machuca Meléndez, respectivamente. "Pero que, como a los autos no se trajeron las copias de las partidas que acreditaran esos matrimonios", el Tribunal no podía darlos por existentes, como en efecto lo hizo, incurriendo con ello en tan magno error de hecho, que viene a derrumbar por sí solo todos y cada uno de los indicios que la sentencia recurrida tiene recogidos, e infringiendo por falta de aplicación los artículos 22 de la Ley 57 de 1887, 394 y 395 del C. C. o los artículos 18 y 19 de la Ley 92 de 1938".

La Corte considera:

El cargo carece de base, porque en el juicio no se discutía ni se discutió como situación jurídica de fondo el estado civil de las demandantes en relación con sus matrimonios, lo que hubiera hecho necesario aducir las pruebas pertinentes; el hecho del matrimonio ha sido tomado en cuenta por el fallador como una causa simulandi en busca del móvil determinante del contrato aparente recogido en la escritura número 266; y ese hecho fue reconocido expresamente por el abogado Angarita Garzón cuando la demanda de reconvención la dirigió contra las señoras Emma Gregoria Mejía de Mojica y Ana Gregoria Mejía de Machuca Meléndez, como representantes de la sucesión del doctor Mejía; y al través del expediente ninguna insinuación se hizo siquiera para poner en duda ese estado civli.

Se rechaza el cargo.

Dice el recurrente, que en la sentencia recurrida se anota como primer indicio la circunstancia de que la escritura número 266 ya mencionada contiene la transferencia de todos los bienes que a la sazón pertenecían al doctor Siervo Mejía G., que dizque implican un traspaso a título universal; que nada de eso se estipuló en la escritura, pues ella no trata ni de transferencia a título universal, ni de transferencia de la totalidad de

los bienes del doctor Mejía, ya que él se reservó y conservó hasta su muerte el derecho de dominio sobre una casa de habitación y una finca denominada "La Alberca" y otra llamada "Llano Blanco", pero que como el doctor Angarita Garzón, confesó en posiciones que el doctor Mejía G. dispuso de la mayor parte de sus bienes, tal hecho no aparece acreditado en los autos, ya que la transferencia de bienes inmuebles sólo puede acreditarse por medio de las respectivas escrituras públicas debidamente registradas". Que la sentencia recurrida incurrió en error de derecho en la apreciación de esa confesión de Angarita Garzón y en la estimación que hace de una transferencia a título universal o de todos los bienes del doctor Mejía, violando por interpretación errónea los artículos 66 y 1.867, entre otros del C. C.

Se considera:

Es improcedente el cargo en cuanto se considera que el Tribunal "vulneró por interpretación errónea del artículo 1867 del C. C.", pues el fallador no tuvo en cuenta para nada esta disposición. Por lo demás, la escritura 266 recoge un contrato en donde se especifican los bienes dados en venta, bienes que según la confesión del doctor Angarita Garzón constituyen la mayor parte de los de su vendedor, Dr. Mejía. Cuando el Tribunal habla del carácter universal de la venta no puede entenderse en el sentido que le dé el recurrente, sino que en ella quedó comprendida la casi totalidad del patrimonio" individualizado de Mejía. Quiere el recurrente que los demandantes hubieran acreditado mediante títulos escriturarios debidamente registrados la afirmación del doctor Angarita Garzón, lo que no tiene procedencia legal.

Tratándose de la reconstrucción del negocio simulado, las pruebas deben ser analizadas no solamente por separado sino determinar si ellas concurren a demostrar el hecho de la simulación, sobre todo si la prueba básica que se ofrece al fallador es la indicial. Y se verá cómo el Tribunal no anduvo descaminado al considerar que la venta hecha por el doctor Mejía a los hermanos Angarita Garzón comprendía si nó la totalidad sí una gran parte de sus efectivos patrimoniales.

Se rechaza el cargo.

Glosa el recurrente el siguiente párrafo de la sentencia: "Parece inexplicable este interrogante, pero si se considera que tres años después, cuando sus hijas ya habían contraído matrimonio dispuso de todos sus bienes raíces a títulos de venta y a favor de los hermanos Angaritas, el acto o contrato contenido en la escritura 291 citada fue un acto previsor del hecho del matrimonio de sus hijas; y si esta previsión tenía como objetivo la circunstancia anotada, debe deducirse necesariamente que el acto de transferencia de que trata la mencionada escritura 266 descubre la intención o el propósito de evitar que sus hijas recibieran el aservo hereditario de que aquél era causante, y lo que es más, de privarlas del que les correspondía por parte de su madre, que ya estaba en 1933 fijado en su cabeza".

El recurente insiste en afirmar que al juicio no se trajeron las pruebas pertinentes (partidas, pruebas supletorias), del matrimonio de las hermanas Mejía, y que por lo tanto al aceptar el fallador ese estado civil violó las disposiciones anotadas anteriormente. Sobre este tópico la Corte ha dejado expuesto su criterio. Pero cuál es el interrogante a que el párrafo se refiere? Es necesario insertar lo expuesto por el Tribunal, porque de lo contrario se desnaturaliza la fuerza de la deducción hecha por el fallador. "No existiendo prueba alguna en contrario, el doctor Mejía era un hombre acaudalado sin pasivo conocido apreciable, hombre viudo hacía el espacio de catorce años y que sólo tenía como herederos legítimos a sus dos hijas, Emma Gregoria y Ana Gregoria Mejía, a quienes había educado en colegios de la capital del departamento de Boyacá, de manera congrua y conveniente pero con quienes se habían aflojado los resortes sentimentales de padre a hijas, por circunstancias diversas, que conforme a conceptos basados en pruebas testimoniales múltiples, parecen nacidas unas del deseo de que sus hijas no contrajeran matrimonio, o por lo menos que no lo hicieran con los pretendientes de aquellas épocas, y otras, del trato desobligante de las hijas para con su padre, quizás nacidas de aquella contradicción sentimental.

"Infiérese de aquí que el doctor Mejía quiso evitar que sus bienes formaran parte del aservo que debían recoger sus dos únicas hijas. Y la circunstancia especial que suministra el contenido de la escritura número 291 de 14 de agosto de 1933, por la cual las señoritas Emma Gregoria, que en aquella fecha apenas frisaba en los veintiún años, y Ana Segunda Gregoria, quien había cumplido apenas diez y siete años, dijeron vender al doctor Siervo Mejía los derechos que aquellas tenían por herencia de su madre, la señora Briceida Sandoval, muerta en el año de 1922, por

la suma de mil pesos, suministra el dato indicador del pensamiento que entonces abrigaba el padre para con sus hijas.

"En efecto, cabe pensar qué móviles impulsaron a un hombre de la categoría social, intelectual y económica del doctor Mejía para proponer, o mejor, imponer a sus dos hijas que a la sazón estudiaban en uno de los colegios de Tunja, la firma del instrumento público que implicaba la transferencia de unos bienes o derechos que legítimamente les correspondían como herencia de su madre, y que por otra parte estaban en poder y usufructo amplio del doctor Mejía, en su carácter de cónyuge supérstite, y especialmente en el de representante legal de sus propias hijas". (Se observa que el fallador incurrió en un error, sí, cuando dice que la venta hecha al doctor Mejía por sus hijas fue por la suma de mil pesos: el precio fue por cien pesos, según el título). (Folio 15, c. 1º).

¿Qué explicación puede tener distinta de la que le da el fallador a la compraventa consignada en la escritura 291 en la cual las hijas del doctor Mejía dijeron: "Que a título de venta transfieren a favor del doctor Siervo Mejía G., varón viudo... los derechos y acciones que a las exponentes les corresponden o puedan corresponderles en toda clase de bienes en la sucesión intestada en su finada madre, la señora Briceida Sandoval de Mejía, sin reserva alguna", y por la suma de cien pesos, para tres años después otorgar la 266, dejando a sus legítimas hijas privadas de todo apoyo económico?

Se irá examinando cómo los indicios apuntados por el fallador tienen una conexidad tan clara que hacen imposible rechazar las deducciones del Tribunal; tánto más cuanto que la mayor parte de esas pruebas constituyen indicios llamados por los tratadistas "indicios morales", cuya apreciación se enmarca indubitablemente dentro de la potestad soberana del juzgador de instancia.

Se rechaza el cargo.

Inserta en su demanda el recurrente, y también en forma aislada, el siguiente párrafo de la sentencia: "Ahora, otro de los indicios que ordinariamente descubre la verdadera intención del contrato simulado de la venta de bienes raíces, es el de que el presunto vendedor continúa después de la pretendida transferencia, con la aprehensión material y el usufructo amplio de tales bienes. Y el doctor Mejía, conforme a la prueba convincente en que se apoya este aserto, siguió ejerciendo de manera ilimitada tales atributos, esto es, manteniendo la posesión material, el usufructo y la administración de los bienes que dijo haber transferido el 10 de septiembre de 1936, hasta el día de su muerte ocurrida como a las siete y media p. m. del ocho de marzo de 1946".

Es de imprescindible necesidad transcribir en su integridad lo dicho por el fallador para que no se altere su pensamiento; en efecto expone:

"Pues bien, desde el 12 de septiembre de 1936, siguiente al día en que se firmó la escritura 266 a favor de los adquirientes, los hermanos Angaritas, se firmó el primer documento privado, según el cual el presunto comprador, doctor Angarita Garzón, daba en arrendamiento las mismas fincas que dijo adquirir por aquel instrumento, a su presunto vendedor, y aún se estipularon cláusulas no solamente tendientes a establecer que en adelante el doctor Mejía debía cambiar con sus propios arrendatarios la calidad de tales, por el de aparceros, sino que también debía estipularse con éstos que las fincas en las cuales se les reconocía ese carácter, pertenecían en propiedad exclusiva al presunto arrendador, doctor Miguel A. Angarita G. Estos contratos de arrendamiento se prolongaron año por año, hasta el último día de diciembre de 1946.

"Dados estos antecedentes, ocurre pensar si ciertamente el doctor Mejía que dispuso de la universalidad de sus bienes en las condiciones que se dejan anotadas, por un solo acto notarial, derivaba alguna ventaja sobre todo de carácter económico en cambiar su posición de dueño exclusivo de los bienes raíces que tenía y que administraba personalmente, por la de un simple arrendatario que, como tal, tenía que estar subordinado a la voluntad del nuevo dueño, a su presunto arrendador?

"No se encuentra, ciertamente, explicación apropiada a este cambio de determinación del doctor Mejía, por el aspecto económico ni por sus personales aficiones, quizá heredadas de un buen administrador de su propio patrimonio herencial aumentado seguramente con la actividad inteligente puesta al servicio de bienes de fortuna que hizo fructificar cada día. Y como no hay constancia en autos de que con el producto de la venta en referencia hubiera adquirido otros bienes de cuya administración derivara provecho pecuniario distinto del manejo de los bienes que dijo transferir, debe deducirse que los contratos de arrendamiento en cuestión no fueron actos serios y reales, sino más bien efectos de una muy reflexiva previsión, encaminada a disimular o encubrir un acto de enajenación o transferencia que en el fondo no tenía existencia real.

"Y en relación con los bienes que el doctor Mejía dijo transferir a la entonces señorita Ana Elvira Angarita G., con la cual contrajo segundas nupcias el 25 de noviembre de 1936 no completos tres meses de haber efectuado aquella transferencia, pudiera pensarse que el doctor Mejía quiso efectuar una donación entre vivos a su futura esposa, con motivo de tal matrimonio..., inferencia que encuentra asidero en la múltiple prueba testimonial que acredita no solamente que doña Elvira no poseía bienes de fortuna suficientes para sufragar el precio de los bienes que dijo transferirle al doctor Mejía por escritura 266, diez mil pesos, sino especialmente en los lazos sentimentales que la unían desde épocas anteriores a dicho contrato con su presunto vendedor. Pero de tal donación apenas probable, no existen pruebas ningunas que lleven a la convicción de que en el ánimo del doctor Mejía existió este propósito, y sobre todo, porque la señora Angarita v. de Mejía, en su carácter de demandada, lejos de asentir a que se hubiera tratado de semejante donación, como subsidiariamente lo sostiene la parte actora, en su libelo de demanda, no solamente en su contestación afirmó que el contrato recogido en escritura 266 había sido un contrato serio, real y efectivo, sino que ella, con el lleno de los requisitos legales, había adquirido por compra el dominio de los bienes allí expresados, posición que hasta el final de este proceso viene sosteniendo.

"La prueba testimonial que fundamenta en gran parte las premisas anteriores, la suministra entre otras las declaraciones de Arturo Higuera, Pablo Segura, Antonio Guerrero, Senén Patiño, Concepción Aparicio, Balvina Castro, Víctor Mojica, Isidoro Durán, Juan B. Guerrero, Milciades Patiño, Adán Mesa y Antonio Higuera, quienes afirman ser del dominio público que la venta hecha por el doctor Mejía a los hermanos Angaritas, sin tener necesidad de hacerlo, se debió al disgusto que le produjo el haberlo contrariado sus dos hijas, contrayendo matrimonio contra su voluntad".

Hecha la anterior inserción, se diluye el cargo que se formula. En efecto, el recurrente hace alusión a los contratos de arrendamiento de los bienes a que alude la escritura 263 firmados entre el vendedor y el comprador, doctor Angarita, contratos que firmados tan pronto se celebró la compraventa fueron prorrogados en tal manera, que cuando expiró el doctor Mejía se encontraban en aparente vigencia; es decir, los tales contratos empezaron desde septiembre de 1936 hasta marzo de 1946, sin que nada distinto de la simulación explique por qué el doctor Mejía se desprendía del dominio de sus bienes, sin ninguna finalidad lícita comprobada para continuar manejándolos, gozándolos, bajo la fingida apariencia de arrendamiento.

La Corte ha expuesto que el hecho de que el vendedor continúe con el goce del bien dado en venta, por sí mismo no es prueba de la simulación del contrato; y ello es cierto; pero si a ese hecho se agregan otras demostraciones tendientes a verificar la simulación, es natural que aquella situación adquiera un indispensable valor probatorio en concurrencia con otros elementos de convicción.

En alguna parte de la demanda dice el recurrente, tratando de explicar una frase de una de las cartas que Angarita Garzón le dirigió al doctor Mejía y de las cuales se hará adelante la indispensable referencia: "...La urgencia de que se trata (la de vender el doctor Mejía, anota la Corte) se podría encontrar más lógicamente en las necesidades que aquél tuviera (Mejía) de celebrar contratos de compraventa relativos a sus bienes, para pagar deudas anteriormente contraídas o para variar el ejercicio de sus actividades económicas..." Pero tomando en arrendamiento el doctor Mejía las fincas que había vendido, ni varió el ejercicio de sus actividades económicas, pues continuó, como siempre, entregado a las que ejerció habitualmente como propietario rural, ni existe demostración alguna de que con el producto de la venta que se hace aparecer en la escritura hubiera tenido que pagar deudas anteriores, pues como lo anota el fallo, Mejía era un hombre acomodado, de vida restringida, sin acreedores conocidos. Si los presupuestos ideados por el mismo recurrente los contradice el expediente, es aventurado afirmar que los contratos de arrendamiento no tenían otra finalidad distinta que la de ocultar la simulación de la venta? Porque existe otra situación en la cual el fallador no insistió y de la que se derivan consecuencias que explican los contratos de arrendamiento, el pago de impuestos y frases dejadas en las cartas que luégo se ameritarán que despejaron el camino al fallador. El demandado, doctor Angarita Garzón, es abogado titulado, y por consiguiente hay que suponerlo versado en estas cuestiones legales y probatorias de la simulación, y como no basta hacer constar en un instrumento público un contrato aparente, sino que es preciso sostenerlo, apoyarlo contra otras pruebas para ocultar su verdadera naturaleza. Pero la humana previsión falla y

los mismos beneficiados con la mentira dejan en su contra pruebas que permiten establecer el imperio de la verdad.

No hay error de derecho por parte del Tribunal que no desconoció la existencia de los contratos de arrendamiento, ni la naturaleza de éstos, sino que en gracia del análisis de los diversos elementos de prueba allegados al expediente, llegó a la conclusión de que con los tales contratos sólo se quiso respaldar la simulación contenida en la escritura 266, contratos que por otra parte, deben ser considerados con relación a los demandantes como **res inter alios**..., sin la fuerza de la escritura pública a que alude el recurrente, invocando como violados por el fallador el artículo 1.761 del C. C.

No se acepta el cargo.

Continúa el recurrente criticando apreciaciones hechas por el Tribunal, estimando que las deducciones hechas constituyen errores de hecho y de derecho; como si porque el recurrente tenga un concepto distinto del modo como debe justipreciarse la prueba de indicios, ello fuera suficiente para fundamentar una causal de casación. Uniforme es la doctrina de la Corte al sostener la soberanía de los falladores en la apreciación de la prueba tánto más cuanto ésta está constituída por una concatenación de indicios que es menester considerar no en forma aislada, como lo hace el recurrente, sino como un todo armónico que lleva a la reconstrucción de la simulación. Así lo ha dicho la Corte: "Es tesis aceptada que si el sentenciador estudia separadamente varios indicios y los rechaza, porque aisladamente sean insuficientes, pero sin examinar si con una debida coordinación y análisis, todos juntos suministran una convicción, no sólo incurre en una apreciación errónea sino en error de derecho atacable en casación. Porque los indicios deben ser avaluados en conjunto, y sólo su conexión, siendo graves y precisos, induce a una estimación final sobre el hecho que indican o presumen. (Casación Civil, mayo 7 de 1952)".

"Cuando se trata de valorar la prueba indiciaria, no se comete por el juzgador error de hecho, sino en casos especiales, en que su interpretación repugne a la evidencia clara y manifiesta que arrojan los autos. Se desprende tal tesis de las normas que regulan la estimación de este medio probatorio, en especial el artículo 662 del C. J., que consagra el principio de que las presunciones fundadas en pruebas incompletas o indicios, tienen más o menos fuerza, según sea mayor o menor la conexión entre los hechos que las constituyen y el que se trata de averiguar. Por eso, cuando el cargo es por error de derecho en la apreciación de la prueba, y se trata de la estimación de indicios, no es posible hacer en casación una nueva apreciación de ellos, por que convertiría la Corte en Juez de tercera instancia". (Casación Civil, mayo 5 de 1952).

Afirma el recurrente que los peritos al hacer el avalúo de los bienes a que se refiere la escritura 266 no tuvieron en cuenta la valorización de la moneda, y que por ello llegaron a fijar unos precios exhorbitantes. Ello no es exacto: los expertos sí tuvieron presente ese fenómeno, y su concepto lo tienen en cuenta al rendir el dictamen.

Dice que ataca la sentencia por error de derecho en que incurrió el fallador cuando aceptó la prueba testifical y bancaria como demostración de que por la fecha de la escritura 266 los compradores no tenían medios suficientes para pagar el valor allí estipulado; ello no pasa de ser una apreciación del recurrente que no destruye la hecha por el fallador.

Luégo de que el recurrente hace de apoderado oficioso de la señora Elvira v. de Garzón al criticar la prueba que en su contra tuvo de presente el fallador, entra a tratar de desconocer el tremendo valor probatorio de la simulación que entrañan tres cartas dirigidas al doctor Mejía por el doctor Angarita Garzón y que indudablemente constituyen una demostración que permanece en el juicio sólidamente vinculada a la convicción de los Jueces. Es preciso transcribir en su integridad la parte motiva de la sentencia acusada en que se insertan esas cartas y las lógicas deducciones que de ellas saca el Tribunal. Anotándose, desde ahora, que las dos primeras fueron reconocidas por su signatario, y que la última fue negada en su autenticidad: la prueba de expertos grafólogos fue nítida y afirmativa; el doctor Angarita Garzón fue quien también suscribió esa misiva; ello dio motivo para que los falladores dispusieran la intervención de la justicia penal para investigar la comisión de un posible delito.

"El doctor Miguel A. Angarita G. dirigió al doctor Siervo Mejía G., tres cartas misivas suscritas en Soatá y fechadas, respectivamente, el 23 de agosto, 9 de septiembre y 8 de octubre de 1936.

"En la primera, que está dirigida a Sativanorte, después de extenso párrafo o acápite en el que, en términos líricos y conmovidos hace referencia a las hijas del destinatario, haciéndolas

aparecer como personas ingratas, que no supieron corresponder al cariño y solícito cuidado de su padre a quien dejaron en un total abandono, porque 'Nuestro Señor le ha enviado los chacales para que le arrebaten los pedazos de su alma' y termina este período inicial, confortando al padre adolorido y humillado, con palabras evangélicas de perdón y caridad, pero al mismo tiempo de enardecimiento y venganza para aquellos seres que sólo aspiran a participar en los bienes de fortuna que el destinatario ha adquirido y conservado con muchos esfuerzos, le dice: "Quédele su conciencia tranquila de haber sido el celoso guardián de aquel tesoro que ayudaron a arrebatar los encargados por el Divino Maestro de practicar la caridad, y que no son otra cosa que lobos rapaces y cómplices del crimen y de la falsía, los traidores miserables responsables de los destrozos del hogar que conservaba en cofre diamantino los seres que arrulló el ensueño, cultivó el cariño y amamantó el amor. La merienda que han formado sus enemigos no verán por mucho tiempo el manjar que bajo sus sombras pretenden trinchar en opíparo banquete adquirido con el sudor y las fatigas de los progenitores de seres que la incomprensión, la soberbia y el orgullo, alejaron de su lado, y que se han convertido en los tiranos de aquél sér que enjugó sus lágrimas, arrulló su cuna al dulce soplo de los rayos vivificadores que brotaron del sol de su cariño. El desconocimiento y la traición de seres ingratos e indolentes apagó sin duda aquel volcán, aquella hoguera de amor que ardía en su corazón para ellos".

"Después de este preámbulo en que bajo insinuaciones de resignación y de perdón se exitaba a la venganza contra aquellos sus enemigos que pretenden 'trinchar en opíparo banquete', termina de este modo detallando los requisitos necesarios para verificar el acto que le ha de asegurar sus bienes al destinatario para lo cual el remitente manifiesta la más buena voluntad de prestarle sus servicios en la forma en que aquél lo considere conveniente, conforme a este pasaje final: '...Con relación al asunto de que me habla, le manifiesto que si lo tiene resuelto de manera definitiva, tengo mucho gusto en complacerlo para lo cual eso se hará aquí o donde usted indique. Debe alistarse todos los títulos que haya sobre las fincas que usted piensa enajenar para relacionarlos en las respectivas pólizas, conforme lo exige hoy la ley, hay que alinderar todo para que el asunto quede a su satisfacción, como usted lo desea y con las cláusulas y condiciones que se le quieran poner. Hay que sacar un certificado de estar a paz y salvo con lo de impuesto sobre la renta, cuota militar y defensa nacional, tener los recibos del impuesto de las fincas que desea asegurar, la cédula de ciudadanía, y unos doscientos pesos para pago de los derechos fiscales, según el valor de los contratos a que se refieren las escrituras que usted me insinúa. Deseo ayudarlo en todo lo que pueda para satisfacer sus deseos y según lo que usted me dice estoy listo para cuando me llamen si es que no pueden venir por aquí, que sería lo mejor, o a Belén, o en fin, donde usted elija. Como dice que el asunto es urgente, provea lo que sea menester y estamos listos. Si resuelve venir aquí con Elvira me avisan para esperarlos, o si yo tengo que salir también me avisa qué día y para dónde... Reciba de todos los de esta su casa unos cuántos recuerdos y unos apretones de su afectísimo que lo ha acompañado en espíritu y en verdad en estas horas de amargas pruebas, aunque cuando sea con una humilde plegaria al cielo, porque ella traerá un consuelo para el afligido. Affmo, **Miguel A. Angarita Garzón**".

"Como la misiva anterior está reconocida por su autor, bajo juramento, ser auténtica por corresponder la firma a la persona del remitente, así como haber sido redactada y dirigida al doctor Siervo Mejía G., quien figura como destinatario, debe ser considerada como un documento privado, que por haber sido legalmente reconocido por quien lo otorgó, tiene la fuerza probatoria de una confesión judicial, es decir, la fuerza de una plena prueba, con arreglo al artículo 637 del C. J., en relación con el artículo 606 de aquella misma obra.

"Y no se puede remitir a duda que el contenido de esta carta misiva escrita apenas diez y siete días antes del otorgamiento de la escritura número 266, que lo fue el 10 de septiembre del mismo año, en la Notaría Segunda de Soatá, constituye uno de los actos ostensibles indicador de la cuidadosa preparación que el doctor Angarita venía desarrollando para obtener el resultado que indica aquel título escriturario, así como la inequívoca deducción de que el doctor Mejía tenía en su amigo y además, según lo afirma el remitente en la carta, su pariente afectísimo, su asesor jurídico y el hombre de confianza en el doctor Miguel A. Angarita Garzón. Y estas inducciones cuya validez no dejan lugar a duda, sirven también de fundamento para inferir con serios motivos de verosimilitud, que el mismo doctor Angarita, y por consiguiente su hermana

doña Elvira, eran las personas escogidas, espontáneamente quizás como parece insinuarlo la carta en cuestión, por el doctor Mejía, o mediante sugestión de aquellos, como también se deduce de su contenido, para que el otorgamiento de aquella escritura, sirviera para "asegurar sus fincas".

"En efecto, si es verdad que por algunos pasajes de la carta aparece que el doctor Mejía le propuso con cierta espontaneidad al doctor Angarita que éste y su hermana le sirvieran de medio, prestándose naturalmente a figurar como compradores, y se dice que a figurar, porque si de venta de los inmuebles del doctor Mejía se trataba, esto era aparente, ya que la finalidad o el propósito de fondo, como lo expresa claramente la carta, era el de que por ese medio 'aseguraba' el doctor Mejía las fincas a que allí se refiere, y por eso le dice que con relación al asunto de que le habla el doctor Mejía, 'le manifiesto que si lo tiene resuelto de manera definitiva, tengo mucho gusto en complacerlo para lo cual ese se hará aquí o donde usted indique', es decir, el otorgamiento de la escritura. Y se refuerza este concepto con el siguiente pasaje en que, después de enumerar prolijamente los requisitos previos que debía llenar para la facción de la escritura correspondiente, tales como linderos y ubicación de las fincas, recibos de impuestos fiscales, cédula de ciudadanía y tarjeta militar, agrega: 'y unos doscientos pesos para pago de los derechos fiscales, según el valor de los contratos a que se refieren las escrituras que usted me insinúa'. Y naturalmente, termina el doctor Angarita manifestándole al presunto vendedor su buena voluntad de ayudarlo prestándole el servicio o favor que de él exige, con estas palabras: "Deseo ayudarlo en todo lo que usted me indique, estoy listo para cuando me llame, si es que no pueden venir aquí que sería lo mejor, o a Belén o en fin, donde usted elija, y como dice que el asunto es urgente provea, provea lo que sea menester y estamos listos. Si resuelve venir aquí con Elvira me avisan para esperarlos, o si yo tengo que salir, también me avisa qué día y para dónde".

"Pero si es verdad que de lo transcrito se deduce que el de la iniciativa en cuanto a la elección de las personas que debían servirle al doctor Mejía como medio para que pudiera, valiéndose de escrituras de venta 'asegurar' aquel sus fincas, también lo es que el doctor Angarita no solamente manifiesta su buena voluntad de servir en tal forma a su amigo y pariente, el doctor Mejía, sino que, como ya se explicó, procuraba a la vez mantener en él el resentimiento justificado o no para sus hijas, y también para sus yernos, sino exaltarlo de manera patética e inmisericorde, que lejos de buscar el cristiano perdón del padre ofendido e indignado para sus hijas y sus maridos, incitaba a la venganza, consistente en no permitir que esos "chacales" pudieran participar del banquete constituído por el doctor Mejía a costa de tántos sacrificios. Claramente se ve, pues, que el "asegurar" el doctor Mejía sus bienes por medio de títulos escriturarios de venta, no indicaba otra cosa que el privar a sus descendientes legítimos de los bienes patrimoniales propios y los de la sociedad conyugal Mejía - Sandoval, que ya había procurado fijar exclusivamente en su cabeza.

"La segunda carta misiva, fechada el 9 de septiembre de 1936, suscrita también por el Dr. Miguel A. Angarita G., y dirigida al doctor Siervo Mejía, es de este tenor: 'Doctor Siervito: Acabo de recibir la suya de hoy y le retorno su saludo. Con relación a lo que me cuenta, el mucho huracán disuelve la tempestad. No se preocupe, no se afane que nada nos pueden hacer. En mi anterior le dije algo y lleva instrucciones aquí hablaremos más. Véngase tranquilo que no los vean. Llegó lo de Santa Rosa que legalizaré. Dígale a Arquimedes que yo le hago eso muy barato y le ayudo con alma, vida y sombrero. Nicolás no tendrá título, y aunque lo tenga no es dueño sino de una mínima parte..., esos no han ido a Bogotá, son amenazas y tretas para ver si nos asustan, y no lo consiguen El tal Arturo, como no tiene en qué pararse, ese no tiene nada, a mí me cogió ocho pesos y hasta la otra vida, si va por allá y nos topamos.

"Los forajidos supieron que Marco había venido y creyeron que a transarse conmigo y se vinieron detrás a recibir su parte, pero ninguno cogió nada. Marco está correcto; el otro o los recién casados no se arrimaron y a Marco le dije lo que había, vino a conseguir dinero. Le repito, no se afane que judicialmente nada nos harán, no tienen personería ni plata. Cuándo lo esperamos. Lo abrazamos. Suyo affmo., **Milangar.** Fue en carrera. Soatá, 9 1936".

"Como esta carta, como la anterior, fue reconocida por el doctor Miguel A. Angarita Garzón, hace también plena fe, por las mismas razones legales de la anterior.

"Esta carta, suscrita a los 17 días de la primera y el anterior al que en que se firmó u otorgó la escritura número 266 de 10 de septiembre de 1936, que está escrita a mano y en realidad muy "de carrera", como lo indica el diminuto papel

usado, y sobre todo, el tiempo angustioso que restaba para el viaje del doctor Mejía y doña Elvira Angarita, de la población de Sátiva a la ciudad de Soatá en donde se firmó la mencionada escritura, como ya se dijo, al día siguiente, es muy reveladora.

"Como por el contexto de esta carta se deduce que el doctor Mejía había recibido la del 23 de agosto inmediatamente anterior, el remitente no le da ya más instrucciones al destinatario relativas al lleno de los requisitos previos para que todo esté arreglado y en orden, a fin de que la escritura pueda otorgarse sin ninguna treta legal y notarial, pero sí le aconseja al doctor Mejía, y naturalmente, a doña Elvira, que hagan su viaje con cautela, es decir, que 'no los vean'; y sobre todo se encabeza esta carta y también se cierra o termina con frases alentadoras, a fin de que el doctor Mejía no 'se afane' porque 'el mucho huracán disuelve la tempestad', y sobre todo porque 'judicialmente nada nos harán, no tienen personería ni plata'. Y como contesta a una misiva que acaba de recibir del doctor Mejía en la cual le da noticias seguramente alarmantes acerca de la actitud posiblemente indignada y vengadora de sus hijas, Emma Gregoria y Ana Gregoria, y de los esposos de éstas, respectivamente los señores Juan Manuel Mojica y Marco Machuca, puesto que las voces de aliento se las da 'con relación a lo que me cuenta', resulta reconfortante referirle que Marco estuvo con el doctor Angarita en consecución de dinero, y que como 'los forajidos, el otro o los recién casados', es decir, el matrimonio Mejía-Mojica, creyó que Marco había ido a transarse con el presunto comprador, doctor Angarita, éste le dijo a Marco 'lo que había' y aquellos no se atrevieron entonces a acercarse, con el resultado de que ninguno obtendría ninguna transacción, y finalmente, el Dr. Mejía debía estar tranquilo y firme en sus propósitos, pues ni sus hijas ni sus yernos podrán hacer nada efectivo, y sus actitudes y consejas tendientes a desvanecer lo acordado entre los tres otorgantes que al día siguiente debían sellar con sus firmas ante el Notario Segundo de Soatá el contrato largamente preparado, nada conseguirían judicialmente porque carecen de personería y sobre todo 'de dinero' razón por la cual, le informa que 'esos no han ido a Bogotá, son amenazas y tretas para ver si nos asustan y no lo consiguen'.

"Es perfectamente claro que si el contrato de venta firmado como se ha dicho varias veces, al día siguiente de suscrita esta carta, hubiera sido realmente un contrato serio, por su justo precio, verdaderamente existente que hacia suponer que el doctor Angarita y su hermana dijeron comprar, no se explica humanamente el motivo del temor, del sobresalto y de la angustia que le producían las voces y actitudes de sus hijas y sus esposos que el doctor Angarita procura tan eficaz y convincentemente desvanecer. Y tampoco se explicaría el afán del mismo doctor Angarita por mantener firme en sus propósitos al doctor Mejía, si el contrato tan detenidamente preparado nada tuviera de reprochable jurídica, legal y moralmente. ¿Por qué entonces quiere el doctor Angarita que el doctor Mejía y su compañera de viaje, doña Elvira Angarita, deben hacerlo con cautela, para que 'no los vean', y por qué también la consideración de que aquellos dos matrimonios nada podían hacer contra los contratantes, ni siquiera judicialmente por carecer de personería, y sobre todo, por las circunstancias de hecho de carecer de dinero para atacar con éxito tal contrato?

"Por último, es necesario relacionar en su integridad la carta dirigida al doctor Siervo Mejía G., y suscrita por 'Milangar', que lleva fecha 8 de octubre de 1936. Dice así: 'Muy estimado doctor Mejía G. Lo saludo y abrazo en nombre de todos los de esta su casa que lo esperan pronto venga a vernos. Recibí su misiva, y auncuando sea de carrera le contesto estas tres letras. Sé que piensa venir muy pronto, y por eso no le doy mayores detalles ni instrucciones sobre lo que me dice. Aquí hablaremos todo lo que sea del caso, porque no hay que confiarle mucho al papel que en ocasiones suele ser muy mentiroso, o mejor dicho, no guarda secretos, y es mejor hablar aquí. ¿No le parece? Sin embargo le manifiesto que en cuanto al embargo que me dice que se hará, esto no duraría sino mientras yo me haría declarar subrogado en los derechos y acciones que le compré en la sucesión de la señora Briceida. Por ese lado nada nos harán; por el otro flanco de un posible juicio ordinario, lo podrán iniciar, pidiendo la nulidad del contrato entre usted y las buenas hijas hecho en Tunja, pero en caso necesario tienen que demandarme a mí y también les costaría un ojo. Suponiendo que triunfaran sacando sus derechos y acciones, en la sucesión de su madre, tras de qué van si usted, durante el matrimonio no compró nada? Harían un triunfo pírrico; esto en cuanto a don Juan y doña Emma, porque en cuanto a Marco no, él estuvo aquí y me contó varios detalles y cosas mil de los proyectos de sus comparsas, pero que él no los secundaría en ningún caso, que ya le habían hecho las primeras exigencias para que se pusiera de acuerdo, pero

que él no se ponía contra lo que debía hacer. Que él sabía buscar la vida y que no le preocupaba el contrato que habíamos hecho, que hoy estaba en mejores condiciones que don Juan y doña Emma, que estaba por encima de ellos en categoría porque siquiera su señora no se había rebajado tánto y siquiera la trataba la sociedad del Quintal, mientras que a la otra no. Me contó que don Juan se iba a darle el poder a Jorge Eliécer Gaitán para que (sic) sacara en derrota, y yo le dije que lo esperaba y que en caso de que me viera muy bajito, pagaría dos o tres abogados más para defenderme, que para eso tenía con qué, le dije que a las malas esa gente no conseguiría ni agua, y que yo trancaría duro, que a las buenas todo el mundo daba la camisa. Que yo estaba resuelto a trancar recio y muy recio, que a mí nadie me afanaba ni me asustaba con don Jorge Eliécer, porque él cobraba duro por su trabajo también. Muchos detalles tengo para echarle aquí sobre la venida de Marco el sábado; los otros señores **Juan** y doña **Emma** me da fastidio escribirles con mayúsculas, también estuvieron aquí el sábado de mucho paseo por las calles y plazas, pero seguramente traían poco, porque se fueron el domingo temprano. Aquí les contaré todos los detalles porque Elvirita me dice que vienen pronto; aquí los estamos esperando. En cuanto a posiciones les advierto que de todos modos en caso de que se presentaran hay que sostener que los contratos son reales. Usted que recibió el dinero que reza la escritura, y que Elvira lo había venido pagando desde hacía más de un año, que no hay tal simulación ni escritura de confianza. Y como entiendo que el asunto de Elvira es serio y evidente, tanto ella como usted quedan bien sosteniendo la validez del contrato, su pago que hizo ella y usted que recibió y obtuvo. Yo soy el que revienta, pero mas que totié tranco el contrato, como Dios no me ha de dar licencia para acabar de pagarle lo que le quedé debiendo. Ellos no tienen personería para demandar más que la nulidad del contrato hecho en Tunja, pero lo demás no. Y eso no se hace a soplos ni con flotas, sino con plata y esa la tenemos nosotros, por más que los infames frailes sigan metiéndose en lo que no les importa. Bandidos, sonsacadores, alcahuetes, rateros, ladrones, estafadores, cómplices auxiliadores y encubridores de crímenes y maldades, consejeros, badulaques, mercachifles, mercaderes del templo, negociantes con la religión del Divino Maestro, etc., etc., (sic)...

"La hijuela me llegó ayer, mañana la paso al registro, porque hay que sacar una boleta de retardo que cuesta el uno por mil del valor de los bienes, reducido a la mitad, como multa por no haberse registrado en tiempo, en fin, yo haré lo mejor que pueda para legalizar esa hijuela, y luégo la llevaré para que la mande registrar en San Gil inmediatamente, porque esto es urgente. Es muy conveniente echar un viaje a Susa a conocer la hacienda, porque si me preguntan datos, ¿cómo quedo, cómo salgo del atolladero, diciendo lo del norte para el sur, y lo de oriente para el otro lado, todo al revés, mientras que ya conociendo, puedo hasta dar órdenes, y cuando se me antoje o mejor dicho, cuando se acabe de pagar sacarlo de allá. Hay que desplegar toda actividad de manera que no nos quedemos metidos, pues yo a más no poder simulo hago una hipoteca de la finca, pero no me dejo así no más, les cuesta un ojo y no nos hacen nada. Tranquen recio y sostengan el contrato como les digo que así nada logran hacernos. Elvirita me dice que vienen pronto, aquí los estamos esperando, avísenos la venida, hay mucho que charlar pero aquí no vayan nos intercepten las comunicaciones o alguna de ellas. Los abrazamos cordialmente. Le mando prensa, el de hoy está interesante, por lo de España y otros tópicos. Suyo afectísimo, **Milanger**. Octubre ocho de 1936".

El doctor Angarita G., al absolver posiciones en este juicio, después de reconocer la autenticidad de su firma y de los escritos contenidos en las cartas fechadas el 23 de agosto y 9 de septiembre de 1936, que se dejaron relacionadas y analizadas, refiriéndose al contenido y firma de la carta que acaba de transcribirse, dijo al absolver las mencionadas posiciones: "...En cuanto a la que lleva fecha 8 de octubre, no recuerdo haber puesto esa comunicación y desconozco la firma que aparece en ella".

"Y precisamente, porque el doctor Angarita G. puso en duda el 'haber puesto esa comunicación' y desconocido la firma que la suscribe, la parte demandante que había allegado a los autos tal pieza, pidió y obtuvo la prueba de cotejo, con base en el artículo 653 del C. J."

Después de que el fallador hace un detenido estudio sobre la naturaleza de la prueba de cotejo y su valor probatorio, entra en el análisis del dictamen rendido por los expertos, análisis cuyas conclusiones comparte la Corte por estar ceñidas a una cuidadosa crítica de todos los elementos que integran el experticio y que llevó al fallador a darle a estas probanzas un valor excepcional para la demostración de la simulación que se ha venido agitando. Este fallo se haría extremadamen-

te extenso si transcribiera las juiciosas apreciaciones hechas por el Tribunal; pero por lo menos se estima absolutamente necesario copiar algunos de esos apartes, para que se precise cómo es de infundado el cargo del recurrente cuando ataca la sentencia, por errores de hecho y de derecho en la apreciación del material probatorio.

Dice el Tribunal: "Los peritos grafólogos, señores Alberto Llaña Vesga y Jesús Antonio Uribe, aparte de su indiscutible versación técnica sobre el caso sometido a su dictamen, son personas extrañas a este Departamento y singularmente desvinculados regionalmente del sector geográfico de este Distrito Judicial, a través de cuyo estudio no se advierte el menor motivo o signo de parcialidad, sino, al contrario, el deseo de acertar honorablemente en el desempeño de la alta misión a ellos conferida, llegaron, en primer término, a estas conclusiones: 'La firma con rúbrica que dice 'Milangar', en la carta del folio 53 del C. 4, dirigida 'Muy estimado señor Mejía G. y fechada el 8 de octubre de 1936 en Soatá, fue puesta por la misma persona que firmó 'Milangar', con rúbrica también, al pie de la carta del folio 51 del mismo cuaderno 4, fechada en Soatá, el 9-9-36 y dirigida al doctor 'Siervito'. Segunda. 'Las cartas de los folios 52 y 53 del cuaderno cuatro, fechadas en Soatá el 23 de agosto y el 8 de octubre de 1936, firmadas 'Miguel A. Angarita Garzón' y 'Milangar' respectivamente, fueron redactadas por una misma persona. Tercera. Las cartas mencionadas en la segunda conclusión fueron escritas en una misma máquina y por una misma persona'".

Continúa el Tribunal en uno de sus apartes: "Y es necesario observar que los planes que el doctor Angarita pensaba desarrollar se quedaron metidos a pesar de desplegar toda la actividad posible, pues entonces 'a más no poder', en un caso extremo 'simulo, hago una hipoteca de la finca, pero no me dejo así no más', lo que revela en el remitente un temperamento muy inclinado a resolver dificultades o problemas por medio de la simulación. Pero a esta solución no se llegaría, porque los interesados en atacar el contrato 'no les hacen nada' a los otorgantes, no sólo porque la acción judicial 'les cuesta un ojo' sino porque el doctor Mejía y doña Elvira han de 'trancar recio' y sostener el contrato según las instrucciones dadas por el doctor Angarita, que si se cumplen con inteligencia y energía en la forma en que lo indica el remitente 'nada logran hacernos'. Por todo eso, la carta que se acaba de comentar constituye una de las más graves presunciones que llevan a la convicción de que el contrato de compraventa en que el doctor Siervo Mejía dijo vender sus bienes raíces y derechos vinculados a ellos, a los hermanos Angarita Garzón, no es un contrato serio sino ficticio o simulado. Tal es la importancia probatoria de estos documentos, que ellos contienen una confesión de la persona que los suscribió, y en todo caso un principio de prueba por escrito. De esta manera quedan destacados los indicios que inducen o sirven para la reconstrucción del proceso simulatorio del contrato primeramente acusado de irreal; y como el hecho indicador de cada uno de tales indicios aparece plenamente comprobado, y los indicios son por otra parte varios y distintos, precisos y conexos, revestidos todos de importancia o gravedad, debe reconocerse que todas aquellas pruebas concurren a demostrar, sin lugar a duda, que tal contrato aparece afectado de simulación.

Y no anduvo descaminado el Tribunal cuando consideró que las tres cartas que obran en el juicio constituyen un principio de prueba por escrito emanado del demandado, doctor Angarita, principio que, como lo aprecia el Tribunal, es una probanza de innegable mérito para relievar la simulación. La Corte, en este particular ha sido enfática cuando sostiene cómo en Casación no puede intervenir en las apreciaciones que se hagan en instancias sobre el contenido mismo de las cartas, cuando ellas contienen una razonable relación con el hecho simulatorio que se trata de probar. Y así ha dicho: "Con el principio de prueba por escrito, claramente definido en el artículo 93 de la Ley 153 de 1887, no se trata de demostrar la verdad del hecho controvertido en el juicio, sino simplemente la verosimilitud del mismo; es decir, no es un medio probatorio directo, sino indirecto. Por tanto, a un escrito del demandado no se le puede negar la calidad de principio de prueba por no contener una confesión sobre el hecho litigioso; exigir esto es confundir el principio de prueba con la plena prueba. Cuando se trata de principio de prueba por escrito, la apreciación sobre la mayor o menor verosimilitud del respectivo hecho litigioso corresponde, por lo general al juzgador de instancia y no al de casación. A este respecto se recuerda la libertad de que aquél goza en la estimación de los medios indirectos de prueba, que sólo excepcionalmente puede ser cambiada en casación. Puede no compartir la Corte el criterio empleado por el sentenciador, pero esto solo no la autoriza

para cambiar tal estimación. (Casación Civil, 27 de octubre de 1954. Tomo LXXVIII)".

A lo largo de la demanda de casación el recurrente al formular la crítica aislada de los diferentes elementos indiciales, pretende que la Corte invada un terreno que le es propio al fallador de instancia: alterar, modificar en el sentido que el recurrente cree que es el acertado, las apreciaciones y lógicas deducciones hechas por el Tribunal, que no se puede negar reconoció, también, cómo en el ambiente social donde se produjeron los diversos contratos escriturarios objeto del juicio las gentes de muy diversas condiciones han creído que tales contratos son simulados. No hay en ello el chisme y la conseja a que alude el recurrente, sino una situación ambiental que se ha formado porque allí se conoció el hogar del doctor Mejía, se sabe de la escritura de venta hecha por sus hijas y no se ignoran circunstancias de indiscutible notoriedad que parece quiere desconocer el mismo recurrente. Por ejemplo, en uno de sus apartes dice: "...no quiso ver el fallador en los vínculos de parentezco y afinidad existentes entre el doctor Angarita Garzón y el doctor Siervo Mejía G., y en los vínculos profesionales que lo ligaban con éste sino una amistad proclive...". Pero cuando la escritura 266 no existía ningún parentesco de afinidad entre Angarita y Mejía; ese parentesco sólo vino a tener realidad legal cuando pocos días después se celebró el matrimonio de Mejía con la hermana del doctor Angarita.

Tuvo en cuenta el fallador también como grave indicio de simulación el hecho probado de la desigualdad entre el precio estipulado en la escritura 266 y el valor real de los bienes dados en venta. En el cuaderno número cuatro y a los folios 297 a 314 se encuentra el avalúo pericial hecho en esos bienes. Allí puede verse cómo los expertos al avaluar separadamente cada bien fijaron un precio total de $ 452.000.00 pesos a la fecha del avalúo (21 de abril de 1947) pero ese precio en forma explicada fue castigado hasta hacerlo descender a la suma de $ 172.133.33 pesos como valor de los bienes el día del otorgamiento de la escritura 266. Por eso estima el fallador que el precio contenido en la escritura es írrito y no se compadece con la seriedad de las relaciones civiles que regulan normalmente la actividad de los hombres.

De consiguiente, se rechaza el cargo.

"Violación de la ley sustantiva por error de derecho en la apreciación errónea de la demanda principal, y el cual se destaca con toda evidencia en los autos", dice el recurrente en este II Capítulo de la acusación.

Se afirma que la demanda fue promovida por los demandantes "no en sus propios nombres particulares sino en su calidad de representantes de la sucesión del doctor Siervo Mejía G., como hijas legítimas de éste; las declaraciones se piden a favor de la sucesión y no a favor de cada una de las demandantes o de ambas conjuntamente, en sus propios nombres particulares".. Agrega el recurrente que "sin embargo, el Tribunal asevera que como las demandantes alegan dolo, o por lo menos culpa en el contrato primeramente relacionado (escritura 266) tendiente a menoscabar sus legítimas en la sucesión de su padre, tal circunstancia les da la calidad de herederos terceros en relación con su causante, pueden hacer uso de todos los medios probatorios que corresponden a los terceros en general, en las acciones simulatorias". Estima el recurrente que con la interpretación dada por el Tribunal a la demanda se violó la litis contestatio y que por lo tanto se infringieron los artículos por él citados, entre ellos el 1.759 del C. C.

Se considera: El fallador de instancia tiene autonomía para interpretar la demanda, interpretación que no puede ser cambiada por la Corte sino cuando se alegue y demuestre un manifiesto error de hecho. En cuanto dice relación al cargo, aun en el supuesto de que estuviera fundamentado y que las demandantes hubieran ejercitado la acción heredada y no la personal, actuarían dentro de un amplio campo probatorio habida consideración a que las cartas que se han ameritado constituyen un principio de prueba por escrito, como lo anotó el fallador, siendo, por lo tanto, aplicable lo dispuesto por el artículo 93 de la Ley 153 de 1887, y aún, como adelante se expondrá, es de pertinente aceptación lo indicado por el inciso 3º de esta disposición.

Consecuencialmente, no se acepta el cargo.

Tercero.—En este cargo tercero, el recurrente acusa la sentencia por "violación de las sustantivas, provenientes de errores de derecho y de hecho, que se destacan ostensiblemente en los autos, y que provienen de falta de apreciación y de apreciación errónea de las pruebas relativas a la demanda de reconvención del doctor Angarita".

En este capítulo, el recurrente hace un recuento de los varios elementos probatorios que tienden a demostrar que el contrato recogido en la escritura 266 tiene una incuestionable reali-

dad jurídica y que el fallador desconoció esa prueba incurriendo en los errores que apunta.

La Corte considera:

El Tribunal, sobre esta cuestión dijo: "Por lo demás, las demandas de reconvención no pueden prosperar y no prosperan, porque habiéndose reconocido en este fallo, como se hizo en el que se revisa, que los contratos acusados están afectados del vicio de simulación absoluta, esto constituye una excepción perentoria contra los reconvinientes, excepción, que, además, fue alegada por las contrademandas al contestar los respectivos libelos. No prosperan, pues, las demandas de reconvención".

Y la situación jurídica es clara: el problema Sub Judice está determinado por una proposición contradictoria; si la acción simulatoria prospera, los contratos escriturarios que la afectan quedan sin valor; pero si aquel término es rechazado, los contratos quedan consagrados en la plenitud de su vigencia, en virtud del fallo que así lo declara; son extremos excluyentes. El fallador ha reconocido la simulación; la Corte no acepta los ataques contra esa sentencia, luego no pueden aceptarse los errores de derecho y de hecho a que alude este capítulo de la acusación.

Demanda de casación de la señora Elvira Angarita v. de Mejía.

En el Capítulo I se ataca la sentencia por la misma causal contenida en el capítulo II de la demanda del doctor Angarita; error de derecho en la apreciación de la demanda. Bastaría, pues, lo dicho atrás para rechazar el cargo, pero además de lo que se expuso en aquella oportunidad, la Corte se refiere ahora a una cuestión propuesta en el escrito de oposición y en la que sostiene que las actoras resultan amparadas por la excepción a que se contrae el inciso último del artículo 93 de la Ley 153 de 1887, en cuanto se amplía el radio de la prueba, cuando ha sido imposible obtener una prueba escrita. La Corte ha sostenido que quien quiera acogerse a esta excepción debe demostrar la imposibilidad en que estuvo para conseguir esa demostración específica. Pero resulta que a lo largo de este negocio sí aparece manifiesto que las hermanas Mejía se encontraban en imposibilidad de poder conseguir la prueba escrita de la simulación; ello se advierte en ese interés demostrado para que ellas no se dieran cuenta del otorgamiento de la escritura 266; en esa persistente labor para mantener un alejamiento físico y afectivo entre padre e hijas que llegó a extremos conocidos. Razonablemente, n puede afirmarse que las señoras Mejía pudiero estar en circunstancias de producir pruebas de l simulación distintas de las indiciales que en form grave, precisa y con innegable conexión demues tran lo ficticio de los contratos demandados.

Se rechaza el cargo.

Segundo.—En este capítulo dice el recurrente: "Violación de la ley sustantiva por errores de hecho y de derecho que constan evidentemente en los autos y relativos a la apreciación de la prueba indiciaria y a la falta de apreciación de algunas pruebas conexas con ella".

A este recurrente también se le hace el reparo de tomar separadamente cada uno de los indicios estudiados por el fallador, pretendiendo singularizarlos en su fuerza probatoria para negársela, pero olvidando, como ya se ha advertido, que precisamente la prueba indiciaria adquiere su gran fuerza demostrativa, que los tratadistas modernos le reconocen como excelentísima, la de vinculación, de la conexión de los distintos hechos indiciarios con el que se pretende demostrar. Y olvida también el recurrente:

1º—Que para que pueda prosperar en casación el ataque por error de hecho, es absolutamente indispensable que ese error, como lo anota la ley, aparezca de manera manifiesta; la sola duda que pueda ofrecerse en la apreciación de hechos que el fallador tuvo como demostrados, no origina, no puede ser fundamento viable para infirmar una sentencia. Y el error de derecho, que consiste, como es sabido, en la discordancia de la apreciación del valor probatorio que el fallador le dé a una prueba, con el señalado por la respectiva norma legal, precisa que se determine cuál ha sido la norma probatoria que se estime violada.

2º—En tratándose de la prueba de indicios que es la más importante en este negocio, los falladores tienen, como se ha dicho, un campo de apreciación muy amplio, como que las deducciones e inferencias que ella produce se basan en razonamientos hechos por los Jueces, en donde la conciencia juega un papel decisivo. Para que en este aspecto pueda prosperar un cargo, es necesario demostrar y plenamente, que el hecho indicador es falso y que, por consecuencia, es errónea la conclusión. Por eso, ha dicho la Corte en forma insistente que "cuando se trata de valorar y estimar la prueba indiciaria, no se comete por el juzgador error de hecho sino en casos especiales, en que su interpretación, repugne a la

evidencia clara y manifiesta que arrojen los autos. Se deduce rectamente esto de las normas que modelan la estimación de este estudio probatorio, en especial del artículo 662 del C. J. Queda así sometida a la conciencia del Juez la valorización de la prueba indicial, sin más restricción que la subordinación de su criterio a las reglas generales de la sana crítica en materia de pruebas y sin que deba ajustarse en su decisión a una rígida tarifa de pruebas. En casación no es procedente la acusación por error de hecho o de derecho en la apreciación de los indicios, sino en casos especiales en que su interpretación por el Juzgador ha sido tan absurda que pugne con la manifiesta evidencia de los hechos, en otra forma demostrados en el proceso". (Casación 26 de octubre de 1939).

De acuerdo con estos principios, veamos qué señala el fallador de instancia:

Afirma que la señora Ana Elvira Angarita contrajo matrimonio con el doctor Mejía el 25 de noviembre de 1936, es decir, antes de los 90 días de haberse otorgado la escritura 266; que ello pudiera dar ocasión para que se tratara de una donación, pero que ésta fue rechazada por la demandada Angarita v. de Mejía; que en virtud de numerosos testimonios que se citan en el fallo, se sostiene que el doctor Mejía y doña Elvira, con anterioridad de años a la fecha del contrato "estaban unidos por lazos sentimentales", como discretamente lo dice el sentenciador; que el valor que figura en la escritura de $ 10.000.00 pesos fue írrito en relación con los bienes objeto del contrato; ello se deduce del propio avalúo dado por los peritos a dichos bienes; que la señora v. de Mejía no estaba en situación económica para poder pagar la suma de diez mil pesos que reza la escritura, aunque el recurrente ataca esta afirmación, diciendo que la señora v. de Mejía "tenía una pequeña fábrica de jabón, cuyos productos manejados por una mujer que no tenía obligaciones sino con ella misma daban lugar a hacer economías..." concepto que es una simple apreciación del recurrente y que no explicaría por qué el Tribunal, tomando como fundamento frases expuestas en una de las cartas del doctor Angarita haga el comentario que atrás se ha transcrito; ¿por qué el doctor Angarita les aconsejaba al doctor Angarita y a su hermana que si se presentaran en posiciones, doña Elvira debía declarar que el precio lo había venido pagando desde hacía más de un año, y que el contrato era real? Si lo fue, ¿para qué esas prevenciones que son innecesarias cuando la verdad es la base de la operación jurídica Ello está demostrando la conexidad con que deben interpretarse las dos ventas recogidas en la escritura 266 y cómo no podría declararse la simulación únicamente por lo que respecta al doctor Angarita y rechazarla en lo que se refiere a su hermana, cuando gran parte de los indicios que obran contra el uno, vulneran y atacan la realidad jurídica de la otra.

1º—Pero el recurrente insiste en que la sentencia violó el artículo 1934 del C. C. y olvida que tal precepto sólo hace referencia a la vigencia de la estipulación de pago de precio en relación con terceros. Y la señora v. de Mejía no puede ser considerada como tal en el contrato en que ella intervino.

2º—En este cargo se hacen ataques que ya fueron rechazados al hacer referencia a la demanda del doctor Angarita. Se estima inoficioso volver sobre ellos.

Se rechaza el cargo.

Demanda de Justo Parra B.

Tres cargos se formulan contra la sentencia: el tercero es el mismo que se ha rechazado anteriormente y se refiere a que la sentencia recurrida no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, cargo que se hace consistir en que hubo una decisión ultra-petita porque se dispuso la cancelación de la escritura número 74 cuando ello no fue impetrado en la demanda. La Corte en este particular se remite a lo ya consignado y, en consecuencia, rechaza el cargo.

Cargo primero.—Lo formula el recurrente así: Violación de la ley sustantiva, por errores de hecho y de derecho que se destacan ostensiblemente en los autos, y consisten en la falta de apreciación y apreciación errónea de unas pruebas.

El recurrente fundamenta este cargo diciendo que no aparece acreditado en forma legal que el doctor Angarita Garzón no tuviera voluntad de hacerle tradición a Justo Parra B. de la tercera parte del derecho de dominio sobre los bienes a que alude la escritura número 74 de seis de marzo de 1936 —Notaría del Circuito de Soatá—, ni mucho menos aparece probado que Parra B. no tuviera intención de adquirir; que la sentencia al declarar la simulación absoluta del contrato recogido en el precitado título violó los principios que regulan las probanzas, ya que con partes intervinientes en el contrato, es menester acreditar con documento escrito o al menos, con un

principio de prueba por escrito el pacto oculto que encarne la voluntad real incongruente con la voluntad declarada, y ello no se acreditó con respecto al vendedor tradente, doctor Miguel A. Angarita Garzón; que la sola prueba indiciaria no es admisible en estos casos y que esos indicios en nada pueden afectar el contrato de la escritura 74.

La Corte considera:

Se ha dejado consignado en este fallo:

1º—Que las cartas suscritas por el doctor Angarita G. sí constituyen un evidente principio de prueba por escrito de la simulación que se ha demandado, cartas en una de las cuales al dirigirse al doctor Mejía lo previene de que para sostener la escritura 266 llegará al extremo de simular contratos;

2º—Que respecto a las demandantes, y en virtud de la fuerza de convicción que arrojan los múltiples elementos probatorios, sí opera la excepción consagrada en el inciso 3º del artículo 93 de la Ley 153 de 1887.

3º—Porque sería aberrante que a las hermanas Mejía se les exigiera una prueba escrita o por lo menos un principio de prueba de tal naturaleza en el cual constara o se dedujera la simulación del referido contrato respecto del cual son terceros.

En esta demanda también se hace referencia a la violación del artículo 1934 del C. C., pero se olvida que él favorece a los terceros poseedores de buena fe y que demostrada la simulación de la escritura 266, la prueba de cargo se ha enderezado a demostrar que el señor Parra es un testaferro del doctor Angarita, cuya actuación simulatoria en el contrato de la 266 está acreditada debidamente; si la escritura 74 es simulada, el único móvil aparente que se desprende indiciariamente, porque no se ofrece ningún otro, es, como lo dice el fallador, entrabar la acción de la justicia ante el temor de los juicios que Angarita venía llegar y del que daba explícita cuenta a su hermana Elvira y al doctor Mejía en las misivas que tánto se han comentado. Por ello es improcedente atacar la apreciación que hace el Tribunal de cómo buena parte de la prueba de la simulación del contrato primitivo tiene que incidir en la prueba de la simulación del contrato Angarita-Parra.

Es una de las motivaciones de este cargo, dice el recurrente que "la voz regional jamás se toma en cuenta en la celebración de los contratos de compra-venta, sino los títulos y certificados del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados". Estima la Corte que ello constituye una verdad simple; aquí no se trata de sostener lo contrario, sino de tomar como dato corroborante de la simulación esa voz pública, constante y acusadora, que tiene sus antecedentes en el conocimiento de la vida económica, familiar y social que varios núcleos humanos tienen de los personajes que actúan en la comedia del pacto simulado.

Continúa siendo indispensable transcribir los fundamentos de la sentencia en el particular que se está examinando, porque sólo así puede estimarse el mérito de la prueba que tuvo en cuenta el Tribunal y la inoperancia de los cargos formulados contra ella:

"Respecto de lo primero, debe tenerse en cuenta que existieron circunstancias especiales que inducen a creer que Justo Parra sabía que el contrato en que su tradente adquirió los bienes transmitidos era simulado. Tales son: en el ambiente regional que comprendía entre otras poblaciones a Sativasur, Sativanorte y Soatá, especialmente, era voz común el hecho de que el doctor Siervo Mejía había hecho escritura de sus bienes a los hermanos Angaritas para desheredar a sus hijas, Emma Gregoria y Ana Gregoria Mejía, no sólo porque éstas habían contraído matrimonio sin anuencia de su padre, habiendo surgido por tal motivo graves y penosas controversias en su hogar, sino porque el doctor Angarita, era su asesor jurídico, su consejero de más intimidad y confianza, a lo que debe agregarse la circunstancia especialísima de que entre el doctor Mejía, aun antes de la muerte de su primera esposa, doña Briceida Sandoval, y doña Elvira Angarita Garzón, surgieron relaciones sentimentales de tal carácter e intensidad que al fin terminaron por determinar el matrimonio, hecho que se verificó cincuenta días apenas, después de haberse celebrado el contrato en que el doctor Mejía transfirió todos sus bienes raíces a su novia y a su presunto cuñado.

'Esta voz común se encuentra respaldada en los autos con declaraciones de personas que merecen excepcional crédito por su honorabilidad y desinterés, así como por su holgura económica, y la posición relievante que ocupaban. Tales son: El doctor Senén Arenas, médico de Sativanorte; el doctor Carlos F. Arenas, párroco de Sativasur, y de manera especial el doctor Ramón de J. Mojica, Párroco de Sativanorte, quien después de aseverar las gestiones que hizo el doctor Siervo Mejía desde su lecho de muerte y por conducto de su esposa, doña Elvira Angarita, para

que el doctor Miguel A. Angarita G. viniera de Soatá, en donde residía, a Sativasur, a arreglar lo concerniente a los bienes que aparentemente le habían sido transferidos, terminó diciendo: "Todo esto confirmó en mi ánimo la idea que tenía y que observaba hacía días en la conciencia de este pueblo, de que el doctor Angarita había recibido del doctor Mejía unas escrituras de confianza y que él pedía en esos momentos la presencia del doctor Angarita, muy seguramente para disponer libremente de sus bienes... Tan cierto es esto, que la señora Elvira de Mejía le dirigió un nuevo telegrama a Soatá llamándolo con urgencia; tal comunicación la llevé yo mismo y la entregué al empleado de la oficina de telégrafos de Sativasur... Oí decir que el día de la muerte del doctor Mejía, el doctor Angarita se encontraba en Soatá acompañado de su señora, haciendo unas escrituras a un señor Parra..."

"De manera que, comprobada la voz regional de ser ficticia la escritura 266, y dado además el hecho de que el doctor Angarita vivía por entonces en Soatá, donde tenía establecido su domicilio y ejerció la judicatura y su profesión de abogado; dado también que allí tenía su residencia Justo Parra y ejercía también la profesión de abogado, pues aunque no aparece que era titulado ni admitido sí estuvo asociado con abogados titulados y que era muy amigo del doctor Angarita Garzón, es de presumirse que Justo Parra sabía o tenía por qué saber el vicio que afectaba el contrato en que el doctor Mejía había dicho transferir sus bienes raíces a los hermanos Angaritas, desde el 10 de septiembre de 1936, es decir, hacía diez años. Esta última inferencia encuentra apoyo en las disposiciones de los testigos Hipólito Gayón, María Antonia Archila, Herminia Bonilla, y otras personas, pero especialmente en la del primero, quien afirma, además, las intervenciones poco delicadas del doctor Angarita y de Justo Parra, sobre todo en materia de contratos simulados.

"Ahora, en cuanto al contrato mismo recogido en la escritura 74 de 1946, intervenida, como ya se dijo, entre el doctor Angarita, como vendedor y Justo Parra como comprador de cuotas partes vinculadas en bienes raíces adquiridos por aquél del doctor Mejía por escritura 266 del citado 10 de septiembre, existen los siguientes graves indicios de que fue simulado o de confianza, deducidos de hechos plenamente probados.

"La escritura número 74 fue otorgada en Soatá el 6 de marzo de 1946, precisamente dos días antes de la muerte del doctor Mejía y cuando especialmente el doctor Angarita tenía conocimiento del estado muy grave de salud en que el doctor Mejía se encontraba, y sabía que había sido llamado con urgencia de Sativanorte por su misma hermana Elvira, esposa del enfermo, comunicaciones en que se le hacía saber que éste lo necesitaba con urgencia y que "debía llevar las escrituras", llamamiento que, lejos de ser atendido por el doctor Angarita, lo determinó a otorgar la escritura 74, que fue extendida y firmada el mencionado seis de marzo", **a las ocho de la noche"** en la Notaría Segunda de Soatá, circunstancia esta última sostenida en posiciones absueltas por el mismo Justo Parra en este juicio, contrato en el cual, como ya se dijo, Parra fue parte como comprador.

"El precio acordado como valor de este contrato fue el de $ 5.000, el que aparece realmente írrito si se tiene en cuenta que los peritos actuantes en este juicio y a que varias veces se ha hecho referencia, le señalaron un precio comercial a los derechos que allí se dijeron transferir, para el 6 de marzo de 1946, fecha del otorgamiento de la correspondiente escritura, de $ 129.860.00, lo que va necesariamente contra el aprovechamiento económico que se debe suponer en un cuerdo vendedor, si es que el contrato tiene verdaderamente caracteres de seriedad".

Cabe una observación que se deduce de los autos: en virtud de la sentencia recurrida que confirmó la de la primera instancia, fue declarado absolutamente simulado el contrato recogido en la escritura número 90 de dos de marzo de 1945 en que se hizo constar la compraventa de numerosos bienes comprendidos en la escritura 266, hecha por el doctor Angarita a favor de Honorio Garzón, representado por Jesús León. Esta declaración quedó legalmente ejecutoriada; contra ella no se interpuso ningún recurso ni en casación se insinuó siquiera algo que atacara su legalidad. Puede afirmarse, pues, que el doctor Angarita intervino en un acto judicialmente reconocido como simulado, y ello constituye un antecedente que explica la intención que expone de que apelaría a los contratos simulados para defender la escritura 266.

El segundo motivo de casación se expone así: "Violación de ley sustantiva proveniente de errores de hecho y de derecho consistentes en la falta de apreciación y apreciación errónea de las pruebas relativas a la demanda de reconvención, los cuales errores se destacan evidentemente en los autos".

El recurrente funda el cargo insistiendo en los argumentos expuestos antes contra la sentencia; no es exacto, como lo dice, que el fallador no hubiera tenido en cuenta la escritura número 74, debidamente registrada; todo lo contrario, la motivación del fallo se dirige precisamente a demostrar que ese título no es la expresión de una realidad jurídica; una cosa es que se rechace el valor de ese título como creador de derechos y otra decir que no se tuvo en cuenta en la incidencia del debate.

Hace el recurrente en esta ocasión una afirmación largamente defendida para sostener que el Tribunal incurrió en error de derecho de "magnas proporciones" cuando asevera que las demandantes son poseedoras de las especies litigiosas; pero resulta que el fallador dijo precisamente lo contrario, aceptando la tesis del contrademandante Parra, como se verá en seguida: "De manera que si el doctor Parra, según la transcripción hecha expresa como causa y fundamento de hecho y de derecho de su acción la circunstancia de que las demandantes sólo conservan 'la tenencia' de las fincas cuya restitución reivindicatoria solicita, en su calidad de simples continuadores de su padre, quien las tenía como simple arrendatario, a su reconvención le faltaría el presupuesto o condición esencial de que los demandados en acción de dominio estén en posesión material de tales bienes. Y como la acción que en tal supuesto resultaría procedente sería de lanzamiento de arrendatario que por su índole especial no puede acumularse a la acción principal que es de carácter ordinario, no prospera, con base en la expresada causa de pedir".

Claro está que el anterior argumento del Tribunal no fue lo único que tuvo en cuenta para rechazar la reconvención de Parra, sino que lo trajo a relación para demostrar también la improcedencia de la acción.

Por lo demás, este cargo queda contestado con lo expuesto anteriormente, en relación con la otra demanda de reconvención.

Se rechaza el ataque.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia que ha sido objeto del recurso.

Costas a cargo de los recurrentes.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Ignacio Gómez Posse.—Agustín Gómez Prada.—Luis Felipe Latorre U.—Alberto Zuleta Angel.—Jorge Soto Soto, Ofl. mayor.

SALA DE CASACION PENAL

TECNICA DE CASACION

1.—Es sabido que todas las causales llevan como consecuencia la violación de la ley. Esto quiere decir que lo primero que corresponde hacer es demostrar el cargo y en seguida señalar las disposiciones violadas. Proceder a la inversa es faltar al método y a la técnica del recurso extraordinario.

2.—La casación es un recurso que sólo prospera cuando el escrito que le sirve de vehículo cumple en cuanto a la forma los requisitos de una demanda, y en cuanto a su fondo o sustancia ofrece las razones propias y concernientes al motivo que se invoca como causal de invalidación de un fallo, en cuyo favor obra una presunción de legalidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, cuatro de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

Diez y siete años de presidio es la sanción principal impuesta a Pedro Nel Fernández Sierra, como responsable de la muerte de Libardo Palacio y de lesiones en la persona de Manuel Meza, según lo declarado por los jueces populares en la audiencia pública del 27 de noviembre de 1953, presidida por el Juez 1º Superior de Pereira.

Y ese es el fallo que se halla **sub judice**, por haberse admitido el recurso de casación que interpuso el defensor del reo, quien para que lo sustentara designó a un apoderado especial.

Los hechos

En las horas de la tarde del 13 de enero de 1951, en momentos en que Libardo Palacio y Manuel Meza se encontraban en una cantina de la población de Santuario, se presentó Pedro Nel Fernández Sierra, y al tiempo en que en tono desafiante y empleando una expresión injuriosa les decía que "cómo se la querían tomar, si con música o sin música", con un cuchillo de que iba provisto les infirió sendas heridas abdominales, muriendo casi instantáneamente el primero e incapacitando al segundo (Meza) por el término de treinta días.

Entre agredidos y agresor, quien apenas consumado el hecho huyó, no existían antecedentes que siquiera explicaran el intempestivo acometimiento, cuyo móvil no parece ser otro que el de esa predicada eliminación que se ha estado cumpliendo en el país entre los adversarios políticos.

El juzgamiento

El Tribunal Superior de Pereira, al confirmar el auto de proceder, hizo en la parte motiva esta aclaración, que quedó vigente como especificativa de los delitos:

"El procesado Fernández Sierra es responsable, pues, de homicidio y lesiones personales y no de una forma cualquiera. Los ofendidos se hallaban desprevenidos, indefensos, cuando sorpresivamente fueron atacados. Estaban, pues, en condiciones de inferioridad con relación a su agresor, quien procedió además con alevosía. Quiere decir esto que en el hecho se configuran algunas de las circunstancias de agravación contempladas por el artículo 363 del C. Penal".

Esa es la razón para que el cuestionario quedara redactado como aparece:

"Cuestión primera. — El sindicado Pedro Nel Fernández Sierra, de las condiciones anotadas en el auto de proceder, es responsable de haber dado muerte voluntariamente y con intención de matar al señor Libardo de Jesús Palacio por medio de herida causada con arma corto-punzante, la cual le produjo la muerte, hecho que llevó (sic)

con alevosía poniendo a la víctima en condiciones de indefensión e inferioridad, hecho que llevó a cabo el día trece de enero de mil novecientos cincuenta y uno en cantina de propiedad del señor Martín Acosta en el barrio de tolerancia del Municipio de Santuario (Cds.)?

"Cuestión segunda. — El sindicado Pedro Nel Fernández Sierra, de las condiciones civiles conocidas en el auto de proceder, es responsable de haber lesionado con arma corto-punzante al señor Manuel Meza A., las cuales (sic) le causaron una incapacidad para trabajar de treinta días, hecho que llevó a cabo el día trece de enero de mil novecientos cincuenta y uno en cantina de propiedad de Martín Acosta, situada en el barrio de tolerancia de Santuario (Cda.), hecho que llevó a cabo con alevosía poniendo a la víctima en condiciones de inferioridad?"

No obstante de tratarse de actos realizados en el mismo escenario, cumplido el uno a continuación del otro y mediando iguales circunstancias de sorpresa e indefensión para ambos y con las mismas manifestaciones agresivas de parte del autor —que utilizó una sola arma para herir mortalmente a Palacio y en forma menos grave a Meza—, el Jurado diferenció sus respuestas, ignorándose el por qué de esa determinación que por lo menos podría calificarse de ilógica. En efecto, a la primera pregunta contestó: 'Sí es responsable, pero por homicidio voluntario'. A la segunda: 'Sí es responsable'.

En el desarrollo de ese veredicto no coincidieron los Juzgadores de derecho, pues mientras que el Juez de primera instancia entendió que el Jurado había suprimido los elementos intensificadores del **animus necandi** u **occidendi**, el Tribunal, mediante un análisis de los hechos y de la actuación procesal, concluyó desechando lo agregado a la parte afirmativa de la primera respuesta, porque, conforme a su criterio, esa adición no podía figurar en calidad de complementaria del pensamiento de los jueces de conciencia, suficientemente expreso al calificar la responsabilidad de Fernández Sierra por uno de los delitos, sino apenas como una expresión redundante o quizás vaga y sin sentido apreciable.

Causales invocadas

Dos son las causales a que se acoge el demandante en su impugnación al fallo: la tercera y la primera del artículo 567 del C. de P. P.

Respecto de la citada en primer término, de cuyos dos motivos se aduce solamente el segundo, o sea, el desacuerdo entre la sentencia y el veredicto, arguye el autor de la crítica al fallo que "al desconocerse la afirmación de los jueces populares se violaron los artículos 28 y 29 de la Ley 4ª de 1943, lo mismo que los artículos 480 y 499 del C. de P. Penal, y como consecuencia de lo anterior hubo violación de los artículos 362 y 363 del C. Penal".

Manifiesta a continuación que el Jurado negó la responsabilidad por el asesinato que le propuso el Juez, lo que obligaba a imponer la sanción conforme al artículo 362 del Código Penal y no conforme al 363 ibidem.

En cuanto a la causal primera expone la misma tesis y afirma las mismas violaciones de la ley.

Concepto del Ministerio Público

"De la atenta lectura de la demanda —dice el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal— cuyo compendio se ha hecho más arriba, en cuanto a esta causal (la tercera) se refiere, se saca en conclusión qué no están en ella cumplidas debidamente las condiciones que establece el artículo 531 del Código Judicial —aplicable en materia penal por las indicaciones del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal— para la elaboración de esta clase de demandas. Una de tales condiciones consiste, según aquella disposición, en indicar en forma clara y precisa los fundamentos de la causal aducida, lo cual ni siquiera fue ensayado en la presente ocasión".

"El demandante —continúa el señor Procurador— censura de manera general y conceptuosa la sentencia recurrida; pero en ello no hace más que aplicar su propio juicio, su parecer personal, escuetamente, opinando que el veredicto estuvo mal interpretado por el Tribunal, entidad ésta que ha debido aplicar otras disposiciones legales de las que aplicó en el fallo, pero no expresa la razón, el fundamento material de sus apreciaciones. Presenta, en síntesis, el mismo enunciado de la causal de casación que invoca, estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado, mas omite demostrar el motivo, la razón principal con que pudiera pretender afianzar su pensamiento adverso a la sentencia contra la cual se pronuncia.

"En tales circunstancias —sigue hablando la Procuraduría— debe ser declarado desierto el re-

curso, como lo manda el artículo 565 del Código de Procedimiento Penal, porque las severas exigencias de la Ley y de la jurisprudencia en cuanto al contenido y la forma que deben tener las demandas de casación, no son puramente caprichosas. En el proceso de purificación del concepto jurídico sobre los hechos **sub judice**, en el cual han intervenido las partes haciendo resaltar los extremos de sus razones, y diversos funcionarios del Estado tratando de buscar el justo medio, la sentencia del Tribunal Superior, como funcionario **ad quem**, es una expresión de justicia cuya verdad se presume; y en tal medida, que para su obediencia y ejecución no existen ya otros grados de examen en el orden jerárquico jurisdiccional".

En los párrafos anteriores recoge el señor Procurador la repetida doctrina de la Corte sobre las exigencias del recurso extraordinario de casación, al que, sin embargo, se acude con ligereza, desatendiendo en los más de los casos el adecuado planteamiento de las tesis que se pretenden sostener en orden a refutar las del fallo que se acusa y que es el resultado de un juicio penal, cuyos errores o vacíos no son ya remediables sino en cuanto la Ley, que ofrece este medio de impugnación, reconozca en primer término los motivos que se alegan y, en segundo término, que los cargos se expongan con claridad y orden en el razonamiento de derecho que constituye la demanda, para que puedan ser considerados y haya lugar a rechazarlos o aceptarlos. Porque ante la Corte no se abre una nueva controversia acerca del contenido del proceso, por el simple hecho de recurrir; apenas se inicia una acción tendiente a demostrar —y no sólo a indicar— la ilegalidad de la sentencia acusada.

Y la del Tribunal de Pereira —afirma el señor Procurador— "contiene un serio estudio del veredicto a través de los hechos procesales, con razonamientos de hecho y de derecho propios de la clase de fallo de que se trata, los cuales no han sido atacados, ni siquiera comentados, ni aún citados en la demanda de casación".

Sin embargo, el representante del Ministerio Público ante la Sala Penal de la Corte, quien al observar que el cargo en que se apoya la causal primera viene igualmente desprovisto de fundamento, no solicita en la parte final de su Vista que se declare desierto el recurso sino que no se invalide la sentencia recurrida.

Se considera:

Es preciso conceder que el escrito del demandante sí contiene un mínimo de condiciones que escasamente alcanzan a librarlo de la solución que en principio propone el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, quien al formular aquella solicitud recordó probablemente lo dicho por la Corte, o sea, que ella no puede tomar el lugar de los demandantes para suplir las deficiencias que se aprecien en el respectivo pliego de cargos.

En este caso se le hacen dos a la sentencia del Tribunal Superior de Pereira. Consiste uno de ellos en no hallarse de acuerdo con el veredicto, y el otro, en haber aplicado equivocadamente la Ley penal.

Y se ha visto que el autor de la demanda, para sustentar el desacuerdo que alega principia diciendo que se han violado los artículos 28 y 29 de la Ley 4ª de 1943, 480 y 499 del Código de Procedimiento Penal y el 362 y el 363 del Código Penal.

Es bien sabido que todas las causales llevan como consecuencia la violación de la ley. Esto quiere decir que lo primero que corresponde hacer es demostrar el cargo y en seguida señalar las disposiciones violadas. Proceder a la inversa es faltar al método y a la técnica del recurso. Así, si se alega el segundo motivo de la causal tercera, no se debe principiar afirmando que se violó este o aquel artículo del Código Penal, porque ello presume la demostración de que el sentenciador se apartó de la determinación del Jurado e impuso una pena que no podía deducirse natural y jurídicamente del veredicto. Ese motivo se prueba, pues, haciendo ver la oposición o disconformidad argüida y combatiendo con otras más poderosas las razones que el Tribunal expuso al ajustar el veredicto a las disposiciones que aplicó, para tenerlo —previo el análisis lógico correspondiente— como calificador de una determinada delincuencia.

Con el desacuerdo de que se trata no se violaría sino una Ley: la penal. Ese es el obvio resultado de aplicar, por una errada interpretación de la voluntad de los jueces populares, una disposición por otra.

Invocar como fundamento de ese cargo textos procedimentales, es equivocar los medios, puesto que cada motivo requiere uno adecuado para que sea debidamente reconocido.

Fuera de estas elementales observaciones, es oportuno advertir que el demandante sólo afirma la violación de algunas disposiciones que no son pertinentes, sin demostrar, en cuanto a las que sí podrían tener cabida, en dónde está la violación y por qué se han violado. Tarea que impone un estudio en el cual se evidencia que hubo un vicio en el raciocinio del juzgador de derecho o un defecto en el entendimiento que lo condujo a darle al veredicto un contenido distinto al manifestado expresamente por quien lo emitió.

Por lo tanto, no es posible invalidar el fallo cuyas razones no ha destruído quien al final de su crítica dice:

"La fundamento en las causales contenidas en los ordinales 3º y 1º del artículo 567 del C. de Procedimiento Penal y por violación de los artículos 28 y 29 de la Ley 4ª de 1943, lo mismo que por la de los artículos 480, 499 del C. de P. Penal y por ende la de los artículos 362 y 363 del C. Penal, para la primera; y para la segunda por la violación de los artículos 28 y 29 de la Ley 4ª de 1943, 480, 499, 204 y 205 del C. de P. Penal, y como consecuencia la de los artículos 362 y 363 del C. Penal".

Si resulta impropio citar como violados los preceptos que hacen parte del procedimiento para sustentar la causal tercera en su segundo motivo, asimismo es improcedente —si acaso no más— presentar como quebrantadas disposiciones de la Ley adjetiva so pretexto de darle fundamento a la causal primera. Porque ella consiste en que la sentencia viole la Ley Penal y solamente sus normas, bien porque se le interprete erróneamente o bien porque se le aplique en forma indebida.

Error en la exégesis o aplicación ilegal, son extremos que deben probarse para que se produzca el corolario de la violación. Pero si además de omitir el apropiado planteamiento de la tesis se mencionan como infringidas otras reglas legales inconexas con la materia, puede entonces decirse que el sustentante se apartó del orden, sistema y técnica establecidos en la casación que, como ya se ha dicho tantas veces, es un recurso que sólo prospera cuando el escrito que le sirve de vehículo cumple en cuanto a la forma los requisitos de una demanda, y en cuanto a su fondo o sustancia ofrece las razones propias y concernientes al motivo que se invoca como causal de invalidación de un fallo, en cuyo favor obra una presunción de legalidad. Y una demanda que no llena tales condiciones es deficiente y como tal inadecuada para los fines a que se autor aspira.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, fechada el 20 de mayo de 1955, en la cual se condenó a Pedro Nel Fernández Sierra a la sanción principal de 17 años de presidio como responsable de los delitos materia del juicio penal a que se le sometió.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — **Jesús Estrada Monsalve**—**Ricardo Jordán Jiménez**—**Luis Zafra**. **Julio E. Argüello R.**, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ABUSO DE AUTORIDAD

1.—Cuando el uso ilegítimo de las facultades y poderes del funcionario o empleado público no está previsto como infracción específica, se le reprime subsidiariamente como delito genérico e innominado de abuso de autoridad. Su esencia consiste en ejercer una atribución que la ley no permite, o en ejecutar un acto cuyos presupuestos de hecho no concurren en el caso de que se trata, todo esto por capricho, prepotencia, rudeza autoritaria, o aún simplemente por celo mal entendido del ejercicio de la función. Porque es preciso aclarar que en esta clase de ilícitos, la bondad del móvil no lo desnaturaliza, en vista de que el bien jurídico tutelado por la norma penal es el solo cumplimiento regular de los actos de los funcionarios, sin consideración al fin concreto que ellos persigan con su conducta abusiva, ni a los daños particulares que puedan ocasionar a las personas. La nobleza o perversidad del motivo determinante apenas habrá de influir, en tales eventos, para la individualización de la pena, o para el otorgamiento, en su caso, de la condena condicional, y no más.

2.—La ley no les ha conferido a las autoridades administrativas la facultad de examinar las providencias de los Jueces, para decidir si éstas son jurídicas o antijurídicas y si deben o no cumplirse. El derecho positivo da otros caminos distintos para corregir los errores y desmanes en que incurran los funcionarios en su labor jurisdiccional.

3.—Para que un acto arbitrario constituya abuso de autoridad, se necesita que redunde en daño de una persona o de una propiedad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, cuatro de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra)

Vistos:

El doctor Juan N. Mojica, en dos memoriales fechados el 29 y el 30 de julio de 1953, acusó al Comisario Especial de Arauca, Mayor en retiro Alfonso Lamo Pulido por una serie de hechos e irregularidades en el ejercicio de tales funciones.

La Corte, en auto de ocho de septiembre de 1954, definió que los cargos materia de investigación penal por delito de responsabilidad sólo eran dos, a saber:

1º Haber ordenado arbitrariamente el Comisario Lamo Pulido poner en libertad a Nepomuceno Lizarazo, quien se hallaba cumpliendo una pena correccional impuesta por el Juez Promiscuo del Circuito de Arauca, doctor Juan N. Mojica; y

2º Haber inducido el mismo Comisario a Carlos Jaime Barrera a que hiciera falsas imputaciones ante la autoridad contra el expresado Juez doctor Mojica, presentado denuncia "por supuestas infracciones". (Fs. 100).

A estos dos hechos se concretó, pues, el presente sumario, cuyo mérito pasa la Sala a calificar.

a) Orden de libertad en favor de Nepomuceno Lizarazo

Entre el Juez Promiscuo del Circuito de Arauca, doctor Juan N. Mojica, y el señor Juan Nepomuceno Lizarazo hubo un choque personal, al parecer "por asuntos políticos y de honorabilidad", que culminó con un cruce de golpes. El Juez no sólo denunció el hecho ante las autoridades de policía, sino que procedió a dictar Resolución contra Lizarazo, en que le impuso cinco días de arresto como pena correccional.

Informado el Comisario de este suceso, actuó en la siguiente forma, que él relata en su indagatoria y en lo cual no ha sido contradicho:

"..Se acercó a mi Despacho el señor Mojica a presentar una denuncia contra el señor Lizarazo por supuestas ofensas de Lizarazo a Mojica, ocurridas en la población. Momentos después tuve conocimiento también de que el Juez Mojica ha-

bia presentado denuncia por el mismo motivo ante el Corregidor de la población de Arauca. Por estar conociendo ya esta autoridad del caso referido, pasé la denuncia que me presentaba el Juez Mojica al Corregidor. Posteriormente tuve información de que el Juez Mojica había resuelto, aparte de la denuncia formulada, sancionar directamente al señor Lizarazo mediante la imposición de un arresto. Luego me enteré de que el señor Lizarazo decía ser funcionario público, dependiente del Ministerio de Higiene. Para verificar la exactitud de tal cosa me dirigí telegráficamente a dicho Ministerio, el cual me informó que efectivamente el señor Lizarazo era empleado de tal Ministerio... En vista, en primer lugar, de que ya cursaba la denuncia ante las autoridades competentes formulada por el Juez Mojica, sin que éstas hubieran ordenado la detención de tal individuo, y teniendo en cuenta por otra parte la calidad de funcionario público del mencionado individuo, debidamente acreditada, dispuse que tal funcionario fuera puesto en libertad mientras las autoridades competentes dictaban las providencias que fueren del caso". (Fs. 95).

Realmente, el Secretario General de la Comisaría, cumpliendo órdenes de su Superior —el Comisario— libró la siguiente boleta:

"Comisaría Especial de Arauca—Arauca, 16 de febrero de 1952—Señor Director de la Cárcel del Circuito—Arauca—Sírvase poner en libertad, inmediatamente al señor Nepomuceno Lizarazo Granados, quien se encuentra detenido en ese establecimiento por cuenta del señor Juez Promiscuo del Circuito.—(Fdo.) Juan B. Peralta Uribe, Secretario General Encargado Despacho". (Fs. 14, 18 y 106 v.).

También se trajo copia de la boleta de encarcelación de Lizarazo, que dice así:

"Boleta de detención número 1º—Juzgado Promiscuo del Circuito—Arauca, febrero 13 de 1952. Señor Director de las Cárceles del Circuito—E. S. D.—Sírvase mantener detenido en ese lugar a su cargo, hasta nueva orden, al sujeto **Nepomuceno Lizarazo**, contra quien se dictó Resolución por la cual se le impuso la pena de arresto de cinco (5) días. Librada a las cuatro de la tarde (4 p. m.) —El Juez (Fdo.) Juan N. Mojica A." (Fs. 14).

Es de anotar que en los archivos del Juzgado no se encontró la actuación correspondiente a dicha pena correccional. (Fs. 104).

Conceptúa el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal que este primer cargo contra el Comisario no le apareja responsabilidad alguna porque obró con el convencimiento "de que por parte del Juez del Circuito se estaba cometiendo una arbitrariedad", ya que del caso conocía el Corregidor de Arauca, y, además, Lizarazo no había sido suspendido del empleo público que desempeñaba. Agrega el Colaborador que el Comisario estimó igualmente "que su autoridad y la de sus funcionarios subalternos sufría una mengua perjudicial permitiendo el arresto de un ciudadano que bien pudiera resultar absuelto al resolvérsele su situación jurídica conforme a la ley y dejándole ejercer el derecho constitucional de su defensa"; y que no se encuentra establecido, de otro lado, "que la boleta de libertad expedida por la Comisaría Especial de Arauca ordenando la libertad del señor Nepomuceno Lizarazo, hubiera producido la liberación de éste".

Pide, en consecuencia, el señor Procurador que se dicte sobreseimiento definitivo en favor del Mayor Lamo Pulido por las dos imputaciones materia del proceso, pues la otra —instigación a denunciar falsamente— tampoco tiene existencia.

Se considera:

Dentro del sistema de la separación, limitación y actividad armónica de los órganos del Estado, los funcionarios y empleados públicos sólo ejercen sus atribuciones conforme a la órbita determinada por la ley. Si actúan fuera de esos límites, extralimitan sus poderes y quebrantan la seguridad social y la tranquila confianza de los ciudadanos en la honesta y ordenada marcha de la administración pública. Esta, por lo tanto, ha de moverse al amparo de las normas jurídicas; y para garantizar el correcto desenvolvimiento de la autoridad, la ley penal reprime a los oficiales públicos que abusan de sus funciones, u omiten el cumplimiento de los deberes propios de la investidura. Los sanciona tanto por obrar arbitrariamente como por no hacer lo que la ley les manda.

Cuando el uso ilegítimo de las facultades y poderes del funcionario o empleado público no está previsto como infracción específica, se le reprime subsidiariamente como delito genérico o innominado de abuso de autoridad. Su esencia consiste en ejercer una atribución que la ley no permite, o en ejecutar un acto cuyos presupuestos de hecho no concurren en el caso de que se trata, todo esto por capricho, prepotencia, rudeza autoritaria, o aún simplemente por celo mal en-

tendido del ejercicio de la función. Porque es preciso aclarar que en esta clase de ilícitos, la bondad del móvil no los desnaturaliza, en vista de que el bien jurídico tutelado por la norma penal es el solo cumplimiento regular de los actos de los funcionarios, sin consideración al fin concreto que ellos persigan con su conducta abusiva, ni a los daños particulares que puedan ocasionar a las personas. La nobleza o perversidad del motivo determinante apenas habrá de influir, en tales eventos, para la individualización de la pena, o para el otorgamiento, en su caso, de la condena condicional, y no más.

Por eso, en el presente asunto, resulta inadmisible la excusa o justificación que invoca el Comisario, al decir que dio la orden de libertad de Lizarazo, porque estimó que éste había sido detenido pretermitiendo formalidades legales. Esa atribución constituyó un exceso funcional, pues la ley no les ha conferido a las autoridades administrativas la facultad de examinar las providencias de los Jueces, para decidir si éstas son jurídicas o antijurídicas y si deben o no cumplirse. El derecho positivo da otros caminos distintos —los medios de impugnación propiamente dichos— para corregir los errores y desmanes en que incurran los funcionarios en su labor jurisdiccional.

En presencia de sanciones correccionales, la ley da al interesado el derecho de reclamo contra la Resolución respectiva, derecho que debe ejercer en los dos días siguientes a la notificación del acto que impone la pena. (Artículo 310, C. de R. P. y M.). Y agrega la norma que el empleado que abuse de su poder, a pretexto de ejercer la facultad referida, "será castigado con arreglo a la ley penal". Por lo tanto, al Comisario sólo le quedaba la vía legal de denunciar criminalmente al Juez, si estimaba que éste había cometido una arbitrariedad en la persona de Lizarazo; pero lo que no podía hacer, sin traspasar el ámbito de su competencia, era dejar sin efecto la orden de detención impartida por el Juez en el ejercicio de sus funciones, para reemplazarla por otra de inmediata libertad del encarcelado.

Sin embargo, no cabe el llamamiento a juicio del Mayor Lamo Pulido, por lo siguiente:

Para el caso, la norma penal adecuada sería el artículo 171 del Código. Mas ocurre que el precepto exige claramente —contra los principios doctrinarios relativos al abuso de autoridad— que el acto arbitrario o injusto del funcionario cause daño a una persona o a una propiedad, o al menos que de parte del agente haya la inclinación dolosa de causar un perjuicio al sujeto pasivo del delito. Y esto no ocurrió aquí, porque el Comisario Especial quiso todo lo contrario: favorecer a Nepomuceno Lizarazo de una detención que aquél consideraba injusta.

Sobre el particular conviene transcribir la reiterada doctrina de la Sala:

"Leyendo el artículo 171 del Código Penal, resulta evidente que cuando el legislador dice que el funcionario o empleado público que cometa o haga cometer "acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad" será sancionado como allí se dice, sin interponer una coma después de la palabra **arbitrario**, se propone indicar dos hipótesis que se complementan cada una con los términos "contra una persona o contra una propiedad". Más claro y como lo dijo ya la Corte, la frase "contra una persona o contra una propiedad" es especificativa y se refiere tanto a lo arbitrario como a lo injusto, puesto que no existe signo ortográfico alguno después de la palabra **arbitrario.** De suerte que para que un acto arbitrario constituya abuso de autoridad, se necesita que redunde en daño de una persona o de una propiedad.

"Esta interpretación concuerda con los antecedentes del precepto comentado: se anotó en el seno de la comisión redactora del Código que en el artículo 171 sólo se contemplaba el caso de que se causara un perjuicio y que era necesario que el precepto cobijara "también el caso de que no haya perjuicio sino únicamente un beneficio indebido". Pero no se puso el debido cuidado a esta observación y se omitió así llenar el vacío que el código de Zanardelli tenía en el particular y que sí había colmado el de Rocco, siendo así que la comisión seguía de cerca la ley italiana para la redacción de nuestro estatuto. Pero no pueden los jueces interpretar en un sentido extensivo la ley penal, haciendo de legisladores, porque con ello se quebrantaría el precepto contenido en el artículo 1º de nuestro código, que consagra el principio de que no hay delito sin ley que señale expresamente el hecho que lo constituye". (Fallo de 8 de septiembre de 1945).

En consecuencia y de acuerdo con el dogma **Nullum crimen sine lege**, debe dictarse sobreseimiento definitivo en favor del sindicado, por este primer cargo. (Artículo 437, numeral 1º, C. de P. P.).

b) Coparticipación en una denuncia falsa ante la autoridad.

Afirma el ex-Juez doctor Mojica que el Comisario Lamo Pulido, ejerciendo represalias contra el denunciante, "optó por atraer a uno de mis empleados que responde al nombre de Carlos Jaime Barrera... y luego de ofrecerle un cargo público, obtuvo que diera denuncia por supuestas infracciones contra la Ley Penal".

Esta imputación, como lo observa el señor Procurador, carece de "la más leve prueba", y sólo existe en boca de Mojica.

Ocurrió que Carlos Jaime Barrera, quien era subalterno del Juez doctor Mojica, fue destituído por éste en Decreto de 18 de abril de 1953, el cual no expresa la causa del despido de Barrera (fs. 104).

El 23 del mismo abril, Barrera formuló denuncia contra el doctor Mojica por graves cargos constitutivos de concusión y peculado. El delito de concusión consistía en "haber hecho descuentos o exigido cuotas para su beneficio personal de los sueldos devengados por sus empleados subalternos". Y el de peculado, por apropiación de dineros y otros objetos que se hallaban bajo la custodia del funcionario, aparte de que también retiró "de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, Sucursal de Arauca, cantidades de dinero consignadas por sindicados y fiadores cuyas diligencias sumarias no estaban en curso en el Juzgado ni existían en él". (Fs. 26, 111 y 119).

De donde se ve que Barrera sí tenía motivos personales para presentar la denuncia, ya que, según él, había sido víctima de descuentos en sus sueldos y de una injusta destitución por parte del Juez doctor Mojica. O sea que no había necesidad de inducirlo, en tales circunstancias, a que pusiera en conocimiento de las autoridades los hechos punibles de que estaba informado, lo cual era un deber social de su parte por mandato de la Ley (artículo 12, C. de P. P.).

Por lo demás, el Juez que instruyó ese sumario, doctor Eduardo Echeverri Villegas, declaró ante la Corte que "el Mayor Lamo no tuvo ni la más leve ingerencia o intervención ni directa ni indirecta, ni por insinuación sobre el adelantamiento del proceso contra el doctor Mojica; a pesar de que yo estaba alojado con mi Secretario en la Casa Comisarial, única habitable para gentes del interior en esa población del Llano, el Mayor Lamo Pulido jamás me preguntó siquiera cuál era el curso del proceso". (Fs. 116 v.).

Basta lo dicho para reconocer la inocencia del procesado en relación con este último cargo, que también merece sobreseimiento definitivo.

En tal virtud, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, y de acuerdo con la solicitud del señor Agente del Ministerio Público, SOBRESEE DEFINITIVAMENTE en favor del Mayor en retiro **Alfonso Lamo Pulido** por los delitos de abuso de autoridad y falsas imputaciones hechas ante la misma.

Cópiese, notifíquese y archívese el sumario.

Domingo Sarasty M.—Jesús Estrada Monsalve. Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra—Julio E. Argüello R., Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS EN EL CONOCIMIENTO DE UN PROCESO SEGUIDO CONTRA UN EX-AGENTE DE LA POLICIA NACIONAL

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, siete de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra)

Vistos:

En ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 1º del Decreto número 2900 de 1953, procede la Corte a desatar la colisión negativa de competencias surgida entre la jurisdicción militar y la ordinaria para conocer de este negocio por lesiones personales contra Samuel Gélvez Valencia, ex-Agente de la Policía Nacional, División Santander.

En las primeras horas de la noche del cinco de julio de 1951, y por asuntos personales, el entonces Agente de la Policía Nacional hirió con arma de fuego (revólver) a Luis Jesús Lizarazo, hecho ocurrido en la ciudad de San Gil.

Del proceso conoció el Juez Municipal de ese lugar, quien, por dos veces, lo clasuró con sentencia definitiva. Pero en la primera oportunidad, el Superior —Juez Primero Penal del Circuito de San Gil— declaró nulo lo actuado por vicios en el emplazamiento del reo ausente; y en la segunda ocasión hubo también de decretar la invalidez del procedimiento, por incompetencia de jurisdicción, ya que, "en virtud del Decreto 28284 de 16 de julio de 1953 (sic), las Fuerzas de Policía fueron incorporadas a las Fuerzas Armadas", y de los procesos contra los miembros de aquéllas debía conocer la Justicia Militar, al tenor de los artículos 140 y 160 del Decreto número 2900 del mismo año.

En consecuencia, el Juez 1º Penal del Circuito dispuso remitir el asunto al Juzgado Militar de la 5ª Brigada con sede en Bucaramanga. Pero el Comando de ésta, en auto de 31 de agosto último, rechazó su competencia, invocando los Decretos 1814 y 1897 de 1953.

El Juez Municipal de San Gil, ya imposibilitado para seguir conociendo del negocio por virtud de la decisión del Superior jerárquico —que declaró la nulidad expresada— optó por remitir el expediente a la Corte "para que dirima la colisión de competencia negativa promovida por el Comando de la Quinta Brigada". Así debía actuar dicho Juez en obedecimiento a los artículos 148 y 507 del Código Judicial.

Se considera:

Cuando el agente de policía nacional Gélvez Valencia cometió el delito de lesiones personales, regía el Decreto número 1231, de 1º de junio de 1951, cuyo artículo 11 dispuso:

"A partir del 15 de junio próximo, la justicia penal militar sólo conocerá de los delitos que le están atribuídos por el Código de la materia.

"No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, la justicia penal militar seguirá conociendo hasta su terminación y por el procedimiento especial vigente, de todos aquellos procesos en que al entrar a regir esta disposición se haya convocado consejo de guerra verbal".

Y siendo así que el 15 de junio de 1951, no se había convocado dicho Consejo de Guerra para juzgar a Gélvez Valencia, ni el Código Militar de entonces daba fuero castrense a las agentes de la policía sindicados de delitos comunes contra la vida y la integridad personal (artículcs 7, 8 y 9, Decreto Legislativo número 1125 de 1950), conclúyese que del proceso debían conocer los Jueces ordinarios y deben seguir conociendo de él.

Porque si bien es cierto que hoy rigen los Decretos 1814, 1897 y 2900 de 1953 y 1426 de 1954, tales estatutos son inaplicables en el caso **sub judice**, puesto que, conforme a ellos, el juzgamiento de los miembros de la Policía sólo cabe a partir del 10 de julio de 1953, en que ese cuerpo pasó a formar parte de las Fuerzas Armadas, otorgándosele el correspondiente fuero, en cuanto a la competencia para conocer de "todos los delitos" en que incurran sus componentes. Y se vio que el delito contra la integridad personal imputado a Gélvez Valencia se consumó el 5 de julio de 1951.

Lo anterior adquiere mayor fuerza, si se tiene

en cuenta que Gélvez ya había sido enjuiciado por el Juez Municipal de San Gil cuando entró a regir el Decreto 1426 de 1954; y ese auto de fondo consolidó la competencia de la justicia ordinaria, según mandato expreso del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, concebido así:

"Pero... **las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación**". (Se subraya). Precepto admirable que se inspira en un principio de economía procesal y en otro de firmeza y seguridad de las tramitaciones legalmente cumplidas.

De manera que, como lo ha dicho la Corte en casos semejantes, "si cuando se expide la nueva regla procedimental, ya se había dictado providencia de primera instancia en el fondo del asunto, el juicio se sigue conforme a la ley vigente cuando el delito se cometió y ante los jueces establecidos entonces para su juzgamiento". (Auto de 18 de enero de 1955).

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, resuelve que el conocimiento del presente negocio contra Samuel Gélvez Valencia por lesiones personales corresponde al Juez Municipal de San Gil, y de esto se dará aviso al Comando de la Quinta Brigada con sede en Bucaramanga.

Cópiese y remítase el proceso al citado funcionario judicial.

Domingo Sarasty M.—Jesús Estrada Monsalve. Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra—Julio E. Argüello R., Secretario.

NO SE PUEDE PROCEDER A LA CALIFICACION DEL SUMARIO SIN QUE LA INVESTIGACION ESTE CERRADA POR MEDIO DE UN AUTO EN FIRME. — IMPORTANCIA DE ESTE AUTO

1. — Al tenor de los artículos 421, 424 y 428 del Código de Procedimiento Penal, la calificación del sumario por parte del Juez competente está condicionada al cumplimiento de dos requisitos legales previos: a) Que la investigación esté cerrada por medio de un auto en firme; y b) Que se haya oído al respectivo Agente del Ministerio Público en los procesos de que conocen los Juzgados y Tribunales Superiores y la Corte Suprema de Justicia. De suerte que si se pronuncia auto de proceder o de sobreseimiento —que son los que califican el sumario— sin haberse llenado aquellas formalidades necesarias, se violan las leyes procesales, de ineludible observancia, por ser de orden público, y el acto jurisdiccional no puede tener efectos jurídicos.

2.—El auto que cierra la investigación es de suyo importante, pues tiende a que el sumario se instruya dentro de los términos legales y a que se califique oportunamente, para evitar ampliaciones indefinidas e inútiles que perjudican los intereses sociales y el derecho del procesado a que se le resuelva sin tardanza su situación jurídica. Por eso dicho auto, una vez ejecutoriado, obliga al Juez del conocimiento a decidir sobre el fondo de las diligencias investigativas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, nueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra)

Vistos:

El Tribunal Superior de Medellín, en providencia de fecha 20 de septiembre de 1954 —sometida a consulta—, sobreseyó definitivamente en favor del doctor Manuel Franco Rodríguez, ex-Juez 1º Penal de ese Circuito, "por los cargos que le resultan en este informativo".

Dichos cargos son:

1º—Que en el proceso por lesiones personales contra Manuel Acevedo Parra, el Juez doctor Franco Rodríguez declaró arbitrariamente prescrita la acción penal, y omitió consultar el respectivo fallo; y

2º—Que en el mismo asunto incurrió en considerables demoras.

Opina el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal que el sobreseimiento objeto de la consulta debe revocarse, por cuanto se dictó sin haber declarado cerrada la investigación, y esa anomalía quebranta los trámites procesales.

Realmente, cuando aún no estaba debidamente perfeccionado el sumario, el Tribunal dispuso oír al Ministerio Público sobre la aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento. Rendido concepto favorable, con base en que la acción penal se hallaba prescrita, el juzgador optó por dictar sobreseimiento definitivo, en vista de la inexistencia de los delitos imputados al Juez (prevaricato y abuso de autoridad) pero sin haber cerrado la investigación.

Al tenor de los artículos 421, 424 y 428 del Código de Procedimiento Penal, la calificación del sumario por parte del Juez competente está condicionada al cumplimiento de dos requisitos legales previos: a) Que la investigación esté cerrada por medio de un auto en firme; y b) Que se haya oído al respectivo Agente del Ministerio Público en los procesos de que conocen los Juzgados y Tribunales Superiores y la Corte Suprema de Justicia. De suerte que si se pronuncia auto de proceder o de sobreseimiento —que son los que califican el sumario —sin haberse llenado aquellas formalidades necesarias, se violan las leyes procesales, de ineludible observancia, por ser de orden público, y el acto jurisdiccional no puede tener efectos jurídicos.

"Es verdad —ha expresado la Corte— que el Tribunal tiene jurisdicción para dictar el auto de calificación del proceso. Pero es también cla-

ro que esta facultad está determinada por el lleno de ciertos requisitos previos sin los cuales aquella facultad resulta extemporánea. La ley señala ciertas normas, cuyo cumplimiento es indispensable para que se profieran determinados actos jurisdiccionales Si alguno de éstos se pretermite o no se cumple, es natural que se produzcan hechos sin el lleno de las formalidades que la ley manda". (Auto de 24 de noviembre de 1953. GACETA JUDICIAL números 2136-2137, página 799).

El auto que cierra la investigación es de suyo importante, pues tiende a que el sumario se instruya dentro de los términos legales y a que se califique oportunamente, para evitar ampliaciones indefinidas é inútiles que perjudican los intereses sociales y el derecho del procesado a que se le resuelva sin tardanza su situación jurídica. Por eso dicho auto, una vez ejecutoriado, obliga al Juez del conocimiento a decidir sobre el fondo de las diligencias investigativas.

En consecuencia, pretermitida aquí una actuación indispensable para dictar el sobreseimiento, éste resulta procesalmente contrario a la ley y debe invalidarse.

Por eso, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Ministerio Público, REVOCA el sobreseimiento definitivo consultado, a fin de que se observen los requisitos previos de esa clase de decisiones.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Domingo Sarasty M.—Jesús Estrada Monsalve.

Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra—Julio E. Argüello R., Secretario.

TENTATIVA Y DELITO FRUSTRADO. — NULIDADES CONSTITUCIONALES

1.—Cuando en el desarrollo del delito— iter criminis— se da comienzo a su ejecución y éste se interrumpe por causas ajenas a la voluntad del agente, se está en presencia de la figura jurídica denominada tentativa (artículo 16 del C. P.). Mas cuando habiéndose ejecutado todos los actos necesarios para la consumación del delito éste no se realiza por circunstancias independientes a la voluntad del agente, se está en presencia de un delito frustrado (artículo 17 ibidem). "Si el iter criminis no llega al momento consumativo —expresa Ferri— surge la figura de la tentativa, es decir, la imperfección del delito a causa de circunstancias accidentales, a pesar del esfuerzo (conato) del delincuente para alcanzar la meta". En cambio "el delito frustrado es completo en la ejecución subjetiva pero incompleto en la objetiva; mientras que el delito intentado es incompleto tanto en un aspecto como en el otro.

El delito frustrado como la tentativa, se caracterizan por la intención o propósito de cometer un delito; por la existencia de un principio de ejecución del mismo con medios idóneos, y por la voluntad de alcanzar un fin determinado interrumpido por causas independientes al querer del agente. Si tanto la tentativa como la frustración —modalidades del delito imperfecto— están integradas por elementos objetivos o subjetivos, es natural que al calificar la responsabilidad en los juicios por Jurado, el cuestionario debe contener los presupuestos esenciales del delito, en su aspecto material y moral. Pero cuando el cuestionario se redacta prescindiendo de estos elementos (artículo 28, Ley 4ª de 1943), se pretermiten formalidades esenciales propias del juicio, ora, en lo referente al cuerpo del delito, bien, a la responsabilidad de sus autores.

2.—Las nulidades de origen constitucional no se consagran en beneficio exclusivo de las personas sometidas a juicio penal. Ellas —las nulidades constitucionales— protegen tanto el interés privado como el público en la tramitación de los procesos, a fin de que, en ellos se observe "la plenitud de las formas propias de cada juicio". Esta norma (artículo 26 de la C. N.) es de orden público, su vigencia no está condicionada al interés favorable de las partes, su cumplimiento interesa por igual a los fines del Estado como titular de la acción penal, y al procesado como sujeto pasivo de la misma; por esto es por lo que, cuando el juicio se adelanta sin el cumplimiento de las ritualidades legales, se incurre en un vicio de nulidad sustancial que afecta el proceso; nulidad que no se funda en la pretermisión de una disposición legal, sino en la violación de una norma de superior jerarquía, como es la Constitución Nacional.

Así, pues, si al Jurado se preguntó, por una parte, si el acusado era responsable de "haber perpetrado un delito de homicidio imperfecto", y por otra, se omitió formular la pregunta atinente al "propósito de matar", elemento constitutivo de la tentativa y del delito frustrado (modalidades del delito imperfecto de homicidio), el Juez pretermitió en la redacción del cuestionario las normas del artículo 28 de la ley 4ª de 1943, lo que equivale a decir, que el proceso se tramitó sin observar la "plenitud de las formas propias del juicio", es decir, se incurrió en un vicio de nulidad constitucional, y ella debe ser declarada.

La circunstancia de que se trate de un segundo veredicto y de que "éste por ser de segundo jurado es definitivo" no es motivo que impida declarar la nulidad, porque si el proceso es nulo, toda la actuación queda afectada de invalidez. Lo que la ley impide es dictar sentencia sobre un proceso viciado de nulidad, lo que faculta, es declarar las nulidades —máxime las de orden constitucional— en cualquier estado del proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, noviembre diez de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

En sentencia de nueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo absolvió a Jorge González Cerón por el "delito de homicidio imperfecto en grado de frustración según cargos que se le formularon en el auto de proceder".

Por no estar de acuerdo con esta determinación, el Fiscal de dicha Entidad interpuso recurso de casación.

Hechos

El veintisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete, en la población de Firavitoba Jorge González Cerón atacó con arma de fuego (revólver) a Elpidio de J. Rodríguez, causándole las lesiones a que hacen referencia los conceptos médicos legales. Los motivos que dieron origen a este suceso —se dice— fueron las afirmaciones calumniosas hechas por el ofendido Rodríguez en contra de Cerón.

El diez y nueve de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho, el Juzgado calificó el mérito del sumario; llamó a responder en juicio a Jorge González Cerón por un delito de homicidio imperfecto, afirmando que el acto violento que produjo las lesiones "fue ejecutado con intención de matar" y que "hechos de esta naturaleza han sido previstos y sancionados como homicidios imperfectos, por el artículo 17 del C. P." en armonía con el Capítulo, Título, Libro que contempla el delito de homicidio. El Tribunal al revisar la providencia aceptó la calificación hecha por el Juzgado, expresando que frente a las circunstancias que rodearon los hechos "la intención homicida" no se podía negar.

Cuestionario

A la consideración del Jurado se propuso esta cuestión:

"El acusado Jorge González Cerón, mayor de edad, natural y vecino de Firavitoba, hijo de Alejandro González y Dolores Cerón, casado, agricultor y empleado de profesión, es responsable de haber perpetrado el delito de homicidio imperfecto en la persona de Elpidio de J. Rodríguez mediante el empleo de arma de fuego de corto alcance (revólver), con la cual se produjeron los estragos orgánicos de que dan cuenta los reconocimientos médicos, según hechos que tuvieron ocurrencia en la plaza principal de la mencionada población de Firavitoba, cerca de la esquina occidental, a eso poco más o menos de las 8 a. m. del día veintisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete?"

El Jurado contestó:

"No es responsable por ser en legítima defensa de su honor y de su persona".

En desarrollo de este veredicto —segundo de este proceso— el Juzgado absolvió a Jorge González Cerón de los cargos que se le formularon en el correspondiente auto de proceder. El Tribunal, al negar la petición del Fiscal sobre nulidad del proceso, confirmó la sentencia que es objeto del presente recurso de casación.

Demanda

El Agente del Ministerio Público —Fiscal del Tribunal— funda su demanda en la causal cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal cuarta

Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

"El motivo de nulidad que se alega en este capítulo —dice el recurrente— consiste en haberse presentado a la consideración de los Jueces de Conciencia cuestionarios que no reúnen los requisitos legales. No se expresaron en ellos los elementos constitutivos del delito.

"Dos eran las circunstancias que debían incluírse en el cuestionario, a saber: la relativa al propósito de matar que el procesado hubiera tenido al ejecutar el hecho, y la referente al delito frustrado de homicidio.

"En los casos del delito frustrado de homicidio debe aparecer de manera clara la intención de matar, de otra manera no habría lugar a considerarse sino un delito de lesiones personales, cuando ellas se causen, o una simple infracción

de policía consistente en el escándalo, insulto o agresión sin consecuencia.

"¿De qué se absolvió en el presente caso? No se sabe, puesto que al Jurado no se le interrogó sobre el elemento esencialísimo, cual era la intención que movió al procesado, para atacar a su presunto calumniador, señor Elpidio de J. Rodríguez.

"Otro elemento esencial relativo a la naturaleza del delito era el referente a la especie concreta. 'En el cuestionario se pregunta si Jorge González Cerón es responsable de haber perpetrado el delito de homicidio imperfecto'.

"¿A cuál de las dos especies comprendidas en el homicidio imperfecto, se refería el cuestionario? ¿A la tentativa o al delito frustrado?

"Cuando se trata de homicidio perfecto, se determina en los cuestionarios una de las dos especies del delito, o sea las circunstancias que las distinguen. Uno es el interrogatorio para el homicidio simplemente intencional y otro cuando hay circunstancias determinativas de asesinato.

"No se ve la razón para que no se haga lo mismo en el caso del delito de homicidio imperfecto.

"La omisión anotada en el procedimiento hace que éste sea nulo; falta en el proceso la plenitud de las formas legales de que habla el artículo 26 de la Constitución Nacional. No solamente se ha violado esta disposición, también lo ha sido el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943. Al no decretarse la nulidad se violó el artículo 457 del C. de P. P. el cual ordena que se decreten las nulidades cuando existen y se reponga lo actuado".

El fallo acusado

La nulidad que se aduce ante la Corte como causal de impugnación contra el fallo del Tribunal, fue alegada ante dicha Entidad cuando éste fue revisado por consulta. La petición del Fiscal se negó por estos motivos:

"Innegable es que al redactar los cuestionarios propuestos a la decisión del Jurado —dice el Tribunal— se omitió interrogar sobre 'el propósito de matar' que consagra el artículo 362 del Código Penal, disposición ésta a la cual está vinculado de manera fundamental el delito imperfecto de homicidio en grado de frustración y por el cual se llamó a responder en juicio al señor González Cerón. Hubo, pues, de parte del Juzgado del conocimiento, un error de técnica al no haberse interrogado en los cuestionarios lo referente al propósito de matar que en sí es lo que constituye el elemento psíquico, o lo que es lo mismo, el dolo específico del delito.

"Tal juicio o defecto en los cuestionarios, lo ha erigido la jurisprudencia, ya general, en nulidad constitucional o supralegal por violatorio del artículo 26 de la Constitución Nacional y no estar taxativamente enumerado dentro de las causales de nulidad señaladas en los artículos 193 y 199 del Código de Procedimiento Penal. Mas, a pesar de ello, tal nulidad aunque existente no podría declararse en este caso por dos razones fundamentales: la primera porque, para que una nulidad constitucional prospere, se requiere ante todo, que con el procedimiento equivocado o errado que se le haya impreso al negocio, se violen los derechos consagrados por la ley en beneficio de los procesados; y la segunda, porque las nulidades solamente se han establecido en favor de los mismos procesados.

"En el caso de autos, al haberse omitido en los cuestionarios lo atinente al 'propósito de matar' no se ha violado ningún derecho al procesado señor González Cerón ni lo ha perjudicado, pues se ha visto ya que los señores Jueces de Conciencia, al emitir su veredicto en los debates, lo han hecho en forma absolutoria y las sentencias que se han dictado sobre tales veredictos han sido igualmente absolutorias. Luego, por este aspecto, aunque en realidad la citada nulidad constitucional o supralegal existe en apariencia, no hay lugar a decretarla en el presente caso por no violar, como se ha dicho, ningún derecho del procesado ni lo ha perjudicado. Cosa distinta fuera si, por ejemplo, los veredictos y las sentencias hubieran sido condenatorios, porque entonces sí habría ocasión para determinar el dolo específico o elemento psíquico del delito y esto con el fin de establecer el grado de responsabilidad en el acusado. Lo expuesto hasta aquí es suficiente para no decretar la nulidad pedida por el señor Agente del Ministerio Público.

"De otra parte, no debemos perder de vista que se trata aquí de un segundo veredicto y que como lo dice el artículo 537 del Código de Procedimiento Penal, 'El veredicto del segundo Jurado es definitivo' ".

Se considera:

Todo delito tiene un proceso que se desarrolla en dos fases; una de orden interno o subjetivo;

otra, de proyección externa u objetiva. El delito en su formación nace de una idea; mientras la idea y la voluntad delictiva no tengan un principio de exteriorización física o real, el orden jurídico no sufre alteración ninguna y, por consiguiente, los actos son del dominio interno, pertenecen a la conciencia moral y religiosa y no al dominio del Derecho Penal. Pero cuando la intención delictuosa o el propósito de delinquir sale del ámbito interno y se manifiesta en actos externos, entra en el proceso ejecutivo del delito objeto de sanciones penales.

Cuando en el desarrollo del delito —iter criminis— se da comienzo a su ejecución y éste se interrumpe por causas ajenas a la voluntad del agente, se está en presencia de la figura jurídica denominada tentativa (artículo 16 del C. P.). Mas cuando habiéndose ejecutado todos los actos necesarios para la consumación del delito éste no se realiza por circunstancias independientes a la voluntad del Agente, se está en presencia de un delito frustrado (artículo 17 ibidem). "Si el iter criminis no llega al momento consumativo —expresa Ferri— surge la figura de la tentativa, es decir, la imperfección del delito a causa de circunstancias accidentales, a pesar del esfuerzo (conato) del delincuente para alcanzar la meta". En cambio, "el delito frustrado es completo en la ejecución subjetiva pero incompleto en la objetiva; mientras que el delito intentado es incompleto tanto en un aspecto como en el otro".

El delito frustrado como la tentativa, se caracterizan por la intención o propósito de cometer un delito; por la existencia de un principio de ejecución del mismo con medios idóneos, y por la voluntad de alcanzar un fin determinado interrumpido por causas independientes al querer del agente. Si tanto la tentativa como la frustración —modalidades del delito imperfecto— están integradas por elementos objetivos o subjetivos, es natural que al calificar la responsabilidad en los juicios por Jurado, el cuestionario debe contener los presupuestos esenciales del delito, en su aspecto material y moral. Pero cuando el cuestionario se redacta prescindiendo de estos elementos (artículo 28, Ley 4ª de 1943), se pretermiten formalidades esenciales propias del juicio, ora, en lo referente al cuerpo del delito, bien, a la responsabilidad de sus autores.

El Jurado no califica el delito en su denominación jurídica; determina la responsabilidad en cuanto al hecho y a las circunstancias que lo constituyen de conformidad con la calificación que de él se haga en el auto de proceder, sin darle denominación jurídica. De allí que, cuando el cuestionario no se elabora de acuerdo con las normas de la disposición citada, el veredicto no es el resultado de un examen de los cargos formulados, ni responde a la "convicción íntima de los hechos respecto de los cuales se los interroga" porque son los hechos —como expresa la ley— sobre los cuales afirman o niegan la responsabilidad, y no puede existir juzgamiento ni calificación de la responsabilidad cuando las preguntas del cuestionario no se refieren a hechos sino a calificación genérica o jurídica del delito.

El Jurado, en presencia de la pregunta que le formuló el Juez de si el acusado "es responsable de haber perpetrado un delito de homicidio imperfecto" en su respuesta no calificó propiamente la responsabilidad del procesado, afirmó sí, un tipo de delito en su denominación jurídica pero omitió cumplir con su función por deficiencia del cuestionario, pues quien califica el hecho en su aspecto jurídico es el Juez de Derecho y no los Jueces de hecho o de conciencia. Cuando en el cuestionario no se interroga al Jurado por el factor intencional o propósito de matar, la respuesta será simplemente afirmativa o negativa del hecho material e incompleta en cuanto al factor intencional. Cuando en el auto de proceder se contiene la afirmación de que el hecho se realizó "con el propósito de matar" es obvio que la pregunta, como consecuencia de los hechos, debe contener el interrogante sobre el elemento psíquico para que el Jurado pueda en esa oportunidad pronunciarse acerca del factor intencional, y el Juez tenga base legal para dictar sentencia.

"El cuestionario —ha dicho la Corte— que se somete al Jurado es un acto sustancial del juzgamiento. Mediante él se enuncia en síntesis completa, los hechos y circunstancias que son materia del debate para que el Juri pueda calificarlos y dar un veredicto justiciero y acorde con la verdad, veredicto que es la base primordial de la sentencia. Pero si el interrogatorio se formula dejando por fuera los elementos constitutivos del delito, o los de la responsabilidad, o los concernientes a las modalidades específicas de la infracción objeto del proceso, entonces la respuesta de los Jueces populares queda trunca, se ignora su verdadero pensamiento y se recortan, además, los derechos de las partes, quienes, por esa grave deficiencia, están cohibidos para lle-

nar cumplidamente su labor, en orden a sostener la culpabilidad o la inocencia del incriminado, si se trata del Ministerio Público, o de abogar por la absolución o por determinadas atenuantes, si es el defensor. Y una falla de tal naturaleza, que desquicia el correcto y ordenado funcionamiento de la potestad represiva, crea una nulidad de las llamadas constitucionales, por violación del artículo 26 de la Carta". (Sentencia de junio 11 de 1955).

Y en sentencia de treinta y uno de agosto del presente año, la Corte expresa:

"No deja de reconocerse que cuando afirma la responsabilidad del procesado sobre una pregunta deficientemente formulada, la dificultad de interpretar la respuesta es más ostensible. Pero un veredicto resulta contrario a los ordenamientos del juicio penal no sólo en cuanto afirma sino en cuanto niega, si tanto en el primero como en el segundo supuestos la respuesta se produce sobre una cuestión incompleta; porque si no se debe ignorar por qué se declara responsable, también hay que saber por qué se absuelve o no se admite la responsabilidad.

"El juzgamiento es de orden público, de interés social, y en materia de nulidades no puede haber discriminaciones. De modo que la omisión sustancial que se advierte en un determinado juicio es necesario corregirla sin atender a otro género de consideraciones, pues un proceso es nulo no porque el resultado final sea favorable o adverso a la persona que se juzga, sino porque se adelantó con prescindencia de las formalidades o trámites establecidos por la ley; y porque las nulidades no se han enumerado en el Código en forma condicionada o como medio de defensa personal, sino como una garantía de la justicia, que tanto se cumple al condenar como al absolver".

Las nulidades de origen constitucional no se consagran en beneficio exclusivo de las personas sometidas a juicio penal. Ellas —las nulidades constitucionales— protegen tanto el interés privado como el público en la tramitación de los procesos, a fin de que en ellos se observe "la plenitud de las formas propias de cada juicio". Esta norma (artículo 26 de la C. N.) es de orden público, su vigencia no está condicionada al interés favorable de las partes, su cumplimiento interesa por igual a los fines del Estado como titular de la acción penal, y al procesado como sujeto pasivo de la misma; por esto es por lo que, cuando el juicio se adelanta sin el cumplimiento de las ritualidades legales, se incurre en un vicio de nulidad sustancial que afecta el proceso; nulidad que no se funda en la pretermisión de una disposición legal, sino en la violación de una norma de superior jerarquía, como es la Constitución Nacional.

Así, pues, si al Jurado se preguntó, por una parte, si el acusado era responsable de "haber perpetrado un delito de homicidio imperfecto", y por otra, se omitió formular la pregunta atinente al "propósito de matar" elemento constitutivo de la tentativa y del delito frustrado (modalidades del delito imperfecto de homicidio), el Juez pretermitió en la redacción del cuestionario las normas del artículo 28 de la ley 4ª de 1943, lo que equivale a decir, que el proceso se tramitó sin observar la "plenitud de las formas propias del juicio", es decir, se incurrió en un vicio de nulidad constitucional, y ella debe ser declarada.

La circunstancia de que se trate de un segundo veredicto y de que "éste por ser de un segundo jurado es definitivo" no es motivo que impida declarar la nulidad, porque si el proceso es nulo, toda la actuación queda afectada de invalidez. Lo que la ley impide es dictar sentencia sobre un proceso viciado de nulidad, lo que faculta, es declarar las nulidades —máxime las de orden constitucional— en cualquier estado del proceso.

Por estos motivos, la causal alegada prospera.

También se alega la nulidad por incompetencia de jurisdicción.

"Tal incompetencia —dice el recurrente— surge de la aplicación que hace el H. Tribunal de la tesis de que el veredicto es nulo cuando es condenatorio, y válido cuando es absolutorio, en el caso de que el cuestionario presentado a los Jurados no reúna los requisitos legales".

No hay nulidad por incompetencia de jurisdicción cuando el cuestionario no reúne los requisitos legales, es decir, cuando no se formula de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 28 de la ley 4ª de 1943. Lo que existe es un nulidad de origen constitucional como se acaba de ver, pero este hecho no origina la nulidad por incompetencia de jurisdicción, pues los miembros del Jurado fueron legalmente designados y su función la ejercieron dentro de los límites de la ley.

Decisión

Como la causal probada es la cuarta, se decre-

tará la nulidad de lo actuado para que se reponga el procedimiento a partir de las diligencias de audiencia de treinta de mayo de mil novecientos cincuenta y uno (artículo 570, letra b) del C. de P. P.), para que se corrija el error con la redacción de preguntas nuevas elaboradas de acuerdo con la ley, las cuales deben ser absueltas por un nuevo Jurado integrado por personal distinto al que ha intervenido en las audiencias del proceso (artículo 493 ibidem).

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal,

RESUELVE:

a) INVALIDAR el fallo de nueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, y

b) Declarar NULO lo actuado en las presentes diligencias a partir del acta de audiencia de treinta de mayo de mil novecientos cincuenta y uno en adelante, para que se reponga lo actuado de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — **Jesús Estrada Monsalve** — **Ricardo Jordán Jiménez** — **Luis Zafra** — **Julio E. Argüello**, Secretario.

VIOLENCIA CARNAL.—VIOLENCIA FISICA PRESUNTA POR CAUSA ACCIDENTAL

1.—La violencia, cuya condición primordial es la ilegitimidad, puede ser física o moral; pero aquélla, además, puede ser efectiva o presunta, por causa natural o accidental. Si una persona abusa sexualmente de otra aprovechando la idiotez, el sonambulismo, la senilidad o la demencia de la misma, habrá cometido un delito de violencia presunta por causa natural. Si realiza el mismo hecho hallándose la víctima ebria o en estado de hipnotismo o narcotismo, o excitada por algún afrodisíaco, o dormida mediante una droga que la sumió en un sueño artificial, la violencia será también presunta pero por causa accidental.

Si la situación de la víctima (sueño, hipnosis, embriaguez) proviene de la actividad de quien consuma el hecho, la violencia es, además, compulsiva; si fue otro quien provocó ese estado, la violencia es inductiva.

Pero es indiferente para la perfección del delito que la víctima se encuentre colocada en imposibilidad defensiva por causas ajenas a la voluntad del actor, o que haya sido él mismo quien la puso en condiciones que le facilitaran la realización del acto, anulando toda resistencia y capacidad de lucha del sujeto pasivo del delito.

2.—Si cuando la causa de la violencia carnal es sólo física —efectiva— y consiste en dominar a la víctima por medio de la fuerza, reduciéndola a la impotencia, es preciso registrar las huellas que hayan quedado en la persona, asimismo, si se trata de la violencia presunta, es de todo punto necesario comprobar de qué procedimiento se valió el responsable para conseguir su propósito. El procedimiento tiene que ser eficaz, porque, por ejemplo, no cualquier cantidad de alcohol produce el grado de relajamiento necesario para que sea posible aseverar que el acto carnal ocurrió sin conocimiento de la poseída.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, quince de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

En virtud de haber sido recurrida en casación, hállase **sub judice** ante la Sala Penal de la Corte la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el 2 de julio de 1954, en la cual, previa revocatoria de la pronunciada por el Juez del conocimiento (2º Penal del Circuito) se condena a Jorge Alberto Lozano Sanabria —absuelto en primera instancia— a la pena principal de veintisiete meses de prisión, como responsable del delito de violencia carnal en la menor (18 años, 3 meses y 25 días de edad) Luz Fanny Arenas, quien murió (suicidio) el 6 de octubre de 1952, o sea, dos meses y seis días después de consumado el hecho que ella misma había denunciado el 5 de septiembre de ese año.

Prueba del delito y de la responsabilidad

Como único elemento demostrativo del ilícito que se imputó al procesado aparece el dictamen médico-legal de 5 de septiembre de 1952, cuyo texto es el siguiente:

"Luz Fanny Arenas.—Presenta un himen desgarrado con colgajos cicatrizados, lo cual indica que se halla desflorada y que la desfloración es antigua. No hay huellas de violencia en la superficie del cuerpo. No hay signos de embarazo. Por el desarrollo de su sistema piloso-genital y dentario, por su aspecto y demás signos somáticos revela tener diez y nueve (19) años de edad".

Y en cuanto a la responsabilidad, la deduce el Tribunal —especial y casi únicamente— de lo que él llama confesión del procesado, de cuya indagatoria toma los siguientes pasajes:

"**Preguntado:** Diga si sabe quién fue la persona que hiciera uso carnal de Luz Fanny Arenas en un hotel, estando ella en estado de inconciencia? **Contestó:** Yo fui, doctor.... **Preguntado:**

Diga si sabe quién le dijo a Luz Fanny Arenas, estando acostado con ella en una cama de un hotel de esta ciudad (sic) ¿que cómo había hecho para conservar la virginidad hasta ese día? Contestó: Yo le dije, doctor".

De esta última respuesta coligió el juzgador de segunda instancia que cuando Lozano Sanabria poseyó carnalmente a Luz Fanny ésta se hallaba virgen, y de ahí que agravara la sanción imponible, de acuerdo con el ordinal 1º del artículo 317 del Estatuto punitivo.

La demanda

La causal invocada y sustentada en el escrito del recurrente es la segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que, como bien se sabe, se refiere al aspecto probatorio del proceso, bien porque a los hechos, en cuanto hagan parte integrante del delito, en lo objetivo y subjetivo, se les haya dado una errada interpretación, atribuyéndoles en la sentencia un valor de que carecen, o porque se les haya negado el que les es propio, o porque no se les haya tomado en cuenta a pesar de estar acreditados, etc.

La alegación de esta causal impone, pues, un estudio no sólo de la sentencia sino de sus componentes, de su origen, de todo aquello que sirvió para construírla; y la Sala de Casación se desempeña y actúa entonces como juzgador de instancia en su más alto grado o de suprema jerarquía.

Los cargos que el demandante le hace al fallo acusado son, en resumen, estos: 1º Afirmar que Lozano Sanabria hizo uso de Luz Fanny en estado de inconciencia; 2º Afirmar que la víctima se hallaba en condiciones sexuales de virginidad al tiempo de la conjunción carnal con Lozano Sanabria; 3º Negarle a la diligencia de careo entre ofendida y responsable su valor; 4º No haber tenido en cuenta varios testimonios que obran en el proceso; y, 5º Haberle dado carácter de prueba a la indagatoria, diligencia en la cual, además, se le formularon preguntas capciosas al interrogado.

En un estilo muy peculiar y sirviéndose de un léxico poco sobrio y que no es el usual (forense) en esta clase de acciones en donde para la claridad con que deben tratarse los problemas jurídicos o las cuestiones de hecho que se planteen o propongan no es necesario acudir a una terminología que puede resultar extravagante, el au de la demanda desarrolla sus puntos de vista, lativos a las impugnaciones hechas a la sent cia aduciendo respecto de cada una de ellas argumentos que van a transcribirse.

En cuanto al primer cargo, o sea, haber dec cido el Tribunal la responsabilidad de Loza Sanabria por la respuesta afirmativa de éste su primera indagatoria, prescindiendo de la s gunda, que tuvo lugar el 23 de octubre de 19 en la cual el sindicado acepta haber hecho u carnal de Luz Fanny Arenas pero no en esta de inconciencia, dice el demandante:

"Y entonces tuvo el Tribunal una inferenc equívoca. Porque partió de eventos incomplet y esteriotipados (sic) para llegar a una sangrie ta (sic) violación de la ley penal.... Se colig pues, que el H. Tribunal no mencionó siquier esta probanza, la cual corre viva en las diligen cias. Y al no hacerlo fracturó (sic) la unicida (sic), la veracidad de los hechos cumplidos. Pc eso lo manifestado por el H. Tribunal es falaz, lo rechazo, pues como se anotó es una errad apreciación de los hechos, nacida de una negli gencia".

Al referirse al segundo cargo, que consiste en haberle dado al concepto pericial un entendi miento que no resulta de sus términos, para ase gurar la virginidad de la ofendida, dice:

"Es extraño que el Tribunal dé un valor pro batorio tan trascendental, tanto en el tiempo co mo en el espacio, al dictamen médico-legal, por que éste en modo alguno expresa que en la no che del 1º de agosto de 1952, fue desflorada Luz Fanny Arenas... Este concepto fue dado el 5 de septiembre, o sea, un mes y cinco días después de haber ocurrido los hechos presuntamente denunciados (sic). En él no se dice que exactamente —matemáticamente— se cumplió la desfloración treinta y seis días antes, ni tampoco se dice que la co-realizó (sic) el señor Jorge Alberto Lozano...".

Para fundamentar el tercer cargo cita las palabras de Lozano Sanabria en la diligencia de careo, o sea, que Fanny había aceptado la invitación para ir al hotel en "perfectas condiciones" y que en otras oportunidades también había ido con él, hallándose ella en "perfectas condiciones de salud". "De modo, expresa, que si admite credibilidad lo dicho por la Arenas también lo admite lo expresado por Lozano, por cuanto nadie demostró lo contrario. Y antes a la inversa con

contenido de mis razones del cargo que inmetamente voy a formular, se corrobora la manitación de Lozano. Equivale a una negación del or probatorio que en su espíritu y letra el cab tiene. Porque se tomó de él sólo un fragnto, olvidándose que todo medio probatorio be contemplarse dentro de su integridad, tanendógena como exógena. Y dentro de al eumia de un correcto procedimiento... No conerar el careo —diligencia importantísima— en la su magnitud, sino solamente en una forma rcial, equivale a incinerar (sic) y negar el va- o no valor (sic) de él".

El cuarto cargo se apoya en no haberse tomaen cuenta los testimonios de Gregorio Loza- Castañeda, José Casiano Bohórquez y Luis rnando Mur Doncel, según los cuales entre Lono Sanabria y Luz Fanny Arenas existían reciones de tal naturaleza íntimas, que hacían esumir el total asentimiento de la denunante.

Al sustentar el quinto y último cargo el autor la demanda se extiende, quizás en forma incesaria, pues se trata tan sólo de criticar el lor que en la sentencia se le dio a la respuesque ya se conoce del sindicado, omitiendo conderar o apreciar la diligencia de indagatoria a primera) en su conjunto. Y en esto estriba en lo sustantivo— la crítica del demandante, uien a propósito expresa:

"Pero la pregunta a la cual me he referido tá compuesta de dos partes. Esencial la una y cundaria la otra. 'Diga usted quién fue (si sae) la persona que hiciera uso carnal de Luz anny Arenas en un hotel estando ella en estado e inconciencia?' Es evidente —observa el abogado— que cada una de estas dos preguntas (sic) erece una respuesta: no sólo desde el punto de ira sintáxico, sino desde el lógico, desde el real. entonces, ¿qué es la pregunta formulada por señor Juez 10 de Instrucción Criminal? Vularmente esto se llama un **embuchado.** Y como l debe proscribirse del tresn (sic) probatorio. orque el señor Lozano contestó: Yo fui doctor, ero solamente para referirse a que hizo uso caral de Luz Fanny. Y nada más que a eso. Y no omo se pretende que tuvo la conjunción lúbria, encontrándose su amada en estado de inconiencia...".

Sobre este punto sigue desarrollando su tesis, ue tanto atañe a la irregularidad de haberle heho al interrogatorio preguntas que comprenden arias cuestiones, como a la errada interpretación que el Tribunal le dio a esa respuesta, sin atender a otra muy significativa del mismo acusado, quien al ser preguntado por los medios empleados para poner a Fanny en estado de inconciencia, contestó: "No doctor, nada, amor de ella probablemente".

En resumen, esta parte de la demanda contiene una continua crítica al fallo en cuanto estima como confesión de un delito lo que es apenas —a su juicio— la aceptación de un acto llevado a cabo con mutuos consentimiento y libertad.

La tesis del Ministerio Público

Largamente ha sido estudiado por el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal el presente asunto, que apenas devolvió el 14 de octubre pasado con concepto desfavorable a las pretensiones de la demanda, después del examen de cada uno de los cargos, que no encuentra demostrados, porque el fallo del Tribunal sí considera aquellos aspectos que han sido materia de las objeciones del demandate. Así, a propósito del primer cargo, transcribe un párrafo en el cual viene explicado por qué no se tuvieron en cuenta las pruebas practicadas a solicitud de la defensa; de donde concluye el señor Procurador que es infundada la crítica, tanto en esta parte como en aquella que se refiere a la no estimación de la segunda indagatoria del delincuente porque, según su criterio, "las exposiciones y cargos que allí hace el procesado, no fueron otra cosa que una lucubración, posiblemente del señor defensor o concebida dentro del recinto de la cárcel en donde estaba recluído el sindicado a virtud de sugerencias (sic) o indicaciones y consejos de sus compañeros de detención".

Encuentra también el señor Procurador que la interpretación dada por el Tribunal al dictamen médico-legal "está de acuerdo con los principios científicos y técnicos relativos a la materia"; y sobre el particular copia algunos apartes del trabajo presentado por el profesor Guillermo Uribe Cualla, Director del Instituto de Medicina Legal a la Academia Nacional de Medicina, en los cuales queda explicado qué se entiende por desfloración reciente y qué por desfloración antigua. O sea, que cuando los peritos afirman que la desfloración es reciente "es porque no se ha terminado el proceso de cicatrización... y cuando se afirma que la desfloración es antigua, no se quiere decir con ello que haga meses o años de verificada la desfloración, sino únicamente que

se terminó el proceso de cicatrización, el cual se verifica por término medio, entre seis y diez y seis días".

Lo cual quiere decir, en el caso concreto, que al asegurarse en el dictamen sobre Luz Fanny Arenas, practicado un mes y cinco días después del hecho, que la desfloración era antigua, antes que desconocer la posibilidad de que el 1º de agosto de 1952 estuviera virgen, se estaba dentro de esa posibilidad.

"Ya se dijo —expresa el señor Procurador al referirse al tercer cargo— que en la sentencia el H. Tribunal tuvo en cuenta todo el contexto de las pruebas que aparecen en el presente proceso y las inter-relaciones (sic) "entre ellas". Esto lo escribe al aludir a la diligencia de careo del procesado con la ofendida. Y agrega:

"Allí aparece que se tuvieron en cuenta no solamente las afirmaciones del sindicado sino las respuestas dadas por la ofendida, las cuales fueron nítidas, rotundas, precisas y acordes con las constancias mismas del proceso y así lo apreció el H. Tribunal en su fallo explicándolo clara y detenidamente.

"Quien incurre en tomar parcial y aisladamente ciertas partes de las diligencias de careo es el señor abogado recurrente, pretendiendo, al mismo tiempo, que esas partes se tengan como concluyentes y definitivas a favor de su defendido relacionándolas con las declaraciones de los testigos que allí cita y quienes rindieron sus deposiciones después del fallecimiento de la señorita Arenas y con las irregularidades atrás anotadas, razones por las cuales fueron desestimadas en la sentencia".

Testimonios ad hoc llama el señor Procurador aquellos producidos cuando ya había fallecido la ofendida, y conforme a los cuales las relaciones entre Luz Fanny y Jorge Alberto daban la impresión de un acuerdo recíproco en donde la voluntad de ambas partes para su mantenimiento y armonía era manifiesta.

Finalmente el señor Procurador estima que lo expuesto por el procesado en su primera indagatoria equivale ciertamente a una confesión y aduce las siguientes razones:

"En todo el curso de la primera indagatoria a que fue sometido el indagado se usó la locución 'si sabe' en las preguntas en que era del caso emplearla. De esa locución tomó atentamente nota el sindicado pues, al contestar antes y después de la parte atrás transcrita, las preguntas del caso contestó con la frase: 'No tengo idea', tengo conocimiento', 'No sé', etc.

"Tal expresión se usó en las dos preguntas feridas y no hay razón alguna presumible p que el indagado la hubiese dejado pasar desap cibida (sic) para no aprovecharla como la ap vechó en otras ocasiones.

"Asimismo las respuestas a las preguntas dían ser explicadas y así en varias de ellas hizo el indagado dando las razones o explicac nes de su negativa o su afirmación. De mo pues, que si al contestar las dos preguntas q se han dejado copiadas hubiese tenido que ha alguna explicación, adición, modificación, acla ción, etc., o dividir la pregunta para contesta si consideraba que había dos circunstancias de cuales una podía aceptar y otra negar, con abs luta y perfecta seguridad lo hubiera hecho solamente al responder o al final de la diligenc al leerla por sí mismo como aparece constanc expresa en el acta.

"Por lo anteriormente expresado ni literal subentendidamente pueden considerarse las d preguntas referidas, ni separada ni conjuntame te, como capciosas.

"Lo hubiera sido si, por ejemplo, se hubiese redactado en una de las siguientes formas. 'Dig si usted fue la persona, etc.'; o 'Dado que uste fue la persona que, etc.' o 'Como usted fue persona que', etc.

"Además, es muy sugestiva la atestación qu hizo el sindicado, y el reconocimiento de ell acerca de la virginidad de Luz Fanny Arena cuando ésta aún vivía, es decir, que si hubies sido calumniada hubiese salido a su propia de fensa.

"De todo lo anterior aparece que la estimació dada por la sentencia a la diligencia primera d indagatoria está en un todo ajustada a la étic a la moral, a la ley, a la doctrina y a la justicia"

Se considera:

Como ha podido advertirse, el problema funda mental planteado en la demanda es el de la falt de una prueba que conduzca a evidenciar qu cuando Lozano Sanabria poseyó carnalmente Luz Fanny Arenas ésta se hallaba privada de uso de la razón. Y como el Tribunal considera que sí está acreditada esa circunstancia, que en este caso resulta de especial interés, puesto que ella conforma el delito, si se atiende a que no concurrió otro medio coactivo de orden físico o moral, es indispensable saber si en realidad de aquella primera indagatoria del procesado puede

ógica y jurídicamente llegarse a la conclusión ondenatoria del fallo.

Varias son las consideraciones que hizo el juzgador al estudiar la respuesta afirmativa de que se ha venido hablando, la cual analizó por sus varios aspectos, entre otros, por la forma "retiente" como el interrogado había relatado antes sus relaciones con Luz Fanny, como tratando de eludir todo aquello que pudiera comprometerlo no precisamente en el delito que ha sido materia del juicio penal, sino como violador de una promesa de matrimonio, lo que, mediando ella para la posesión, constituiría otra figura delictuosa (estupro).

Antes de examinar hasta dónde son o no aceptables esas hipótesis, conviene conocer los términos de la denuncia, que son estos:

"Hace ocho meses que vengo teniendo relaciones amorosas con **Jorge Alberto Lozano** y en ese tiempo nos las llevamos en forma correcta. El primero de agosto del presente mes y año nos pusimos (sic) en la calle trece con carrera novena a las cuatro o cinco de la tarde, yo cumplí la cita y me encontré con él; luego me invitó a tomar un té y no (sic) fuimos a un establecimiento situado en la calle séptima con las carreras novena y décima, ahí nos tomamos una Coca-cola; de ahí salimos como a las cinco y media o seis de la tarde y le dije que debía irme para la casa porque si no me regañarían, él me contestó que me acompañaba hasta el bus; yo acepté; cuando nos dirigíamos a coger el bus me invitó a tomarme algo en otro establecimiento, la cual dirección no recuerdo pero puedo ir a ella y reconocer el lugar preciso, entramos y pidió dos Bavarias, una para él y otra para mí, me tomé la mía y después me ofreció dos cigarrillos los cuales me fumé, me brindó otra Bavaria y no la acepté, sino que me tomé una Kol-cana y salimos del establecimiento en mención, eran como las siete y media de la noche. En la preocupación por lo tarde que era llamé a mi papá para informarle que no había podido tomar el bus, pero que por tarde estaría allá dentro de quince minutos; igualmente hice con mi prima de nombre **Blanca Maldonado** y con quien vivía en la calle 22-B, número 23-23, a esta llamada me contestó su hija de nombre **Gladis** y me dijo que la mamá (mi prima) estaba brava por no haber llegado, le contesté que me iría en seguida para la casa. En estas llamadas se irían como unos diez minutos y salimos con la intención de irme para la casa pero sentí una cosa rara en mí, como que sentía que perdía el conocimiento y así se lo manifesté al sindicado, él no me contestó y de ahí en adelante no recuerdo más. Como a eso de las tres de la mañana recobré el conocimiento y me encontraba en una cama con él al lado mío; yo le pregunté que por qué había hecho eso y él me dijo que no contara nada en mi casa que a más tardar dentro de veinte días se casaría conmigo; yo le conté que así lo haría, pero si no cumplía le iría muy mal. Después de esta entrevista estuvimos juntos tres o cuatro veces más".

Sobre estas imputaciones versa la indagatoria de Jorge Alberto Lozano Sanabria. El funcionario de instrucción lo interrogó en esta forma:

"**Preguntado:** Diga si sabe quién fue la persona que en el mismo día porque se le viene preguntando, luego de que Luz Fanny Arenas hizo unas llamadas telefónicas a los familiares de ella, se ofreciera a acompañarla a coger el bus? **Contestó:** Sí la acompañé ese día, cuando estuvimos por ahí andando en ese sector. **Preguntado:** Diga usted si sabe quién sería la persona que suministró un narcótico o sedante a Luz Fanny Arenas, hasta el punto que ella no volviera a tener conocimiento de sí misma desde las siete de la noche a las tres de la mañana? **Contestó:** No sé doctor. **Preguntado:** Diga a qué horas se separó usted de Luz Fanny Arenas el día en que estuvo con ella en varios lugares como lo ha manifestado en esta diligencia y en qué sitio se separaron? **Contestó:** Al día siguiente por ahí a las siete y media de la mañana. **Preguntado:** Diga en qué sitios estuvo y qué hizo durante el curso de la noche con Luz Fanny Arenas? **Contestó:** Entramos a un hotel a dormir. **Preguntado:** Puede usted dar la dirección de ese hotel? **Contestó:** No doctor, no recuerdo".

Hasta aquí no sólo no ha habido confesión sino que el delito (violencia y no simple acoplamiento carnal) ha sido negado. Pero viene entonces esta pregunta: "Diga si sabe quién fuera la persona que hiciera uso carnal de Luz Fanny Arenas en un hotel, estando ella en estado de inconciencia?" Y el interrogado contesta: "Yo fui doctor". ¿Entendió el sindicado el alcance y extensión de aquello que se trataba de inquirir y ciertamente con su sencilla respuesta estaba confesando que cuando accedió carnalmente a Luz Fanny ésta se encontraba privada de conocimiento? La solución de este interrogante se halla inmediatamente después, cuando al invitarlo el funcionario a que

explicara qué ocasionó ese estado de inconciencia de Luz Fanny, dijo: "No doctor, nada, amor de ella probablemente".

El informativo

La labor del funcionario de investigación fue tan deficiente, que ni siquiera se interesó en averiguar en qué sitios estuvieron los amantes, qué hicieron, quién sirvió las bebidas, qué notaron las personas que los atendieron respecto de Lozano Sanabria, en qué hotel pasaron la noche del 1º de agosto de 1952, cómo llegó a ese hotel Luz Fanny Arenas. Porque si ella —como lo afirma— perdió el conocimiento cuando al salir de la última tienda se dirigía con Lozano Sanabria a esperar un autobus para trasladarse a su casa, entonces, para llegar al hotel —que se hallaba a más de tres cuadras de distancia— debió ser llevada en vilo por el procesado, o ayudado éste por alguien, o en un vehículo, y de nada de ello se ocupó el investigador. Y es importante hacer notar que quien comete un hecho como el atribuído a Lozano Sanabria, ha preparado la escena y alistado el tóxico o soporífero que va a suministrar y busca el sitio apropiado y no va de uno a otro y, por último, se cuida de incurrir en manifestaciones delatoras o que traicionen su conducta. Porque es elemental que quien ha producido la inconciencia de la mujer a quien por ese solo medio puede vencer, esté pronto a negar cualquiera pregunta que contenga una expresión que se relacione, así sea ligeramente, con la situación que en forma deliberada ha provocado.

Por otra parte, el comportamiento de una mujer a quien se la ha arrebatado su doncellez acudiendo a maniobras insidiosas o a sistemas pérfidos, es de indignación y de protesta inmediata. Y ya se ha visto a qué se limitó el reproche de Luz Fanny Arenas tan pronto como despertó de un supuesto sueño artificial de siete o más horas: a preguntarle al seductor que "por qué había hecho eso".

La violencia carnal

La violencia, cuya condición primordial es la ilegitimidad, puede ser física o moral; pero aquélla, además, puede ser efectiva o presunta, por causa natural o accidental. Si una persona abusa sexualmente de otra aprovechando la idiotez, el sonambulismo, la senilidad o la demencia de la misma, habrá cometido un delito de violación presunta por causa natural. Si realiza el mismo hecho hallándose la víctima ebria o en estado de hipnotismo o narcotismo, o excitada por algún afrodisíaco, o dormida mediante una droga que la sumió en un sueño artificial, la violencia será también presunta pero por causa accidental.

Si la situación de la víctima (sueño, hipnosis, embriaguez) proviene de la actividad de quien consuma el hecho, la violencia es, además, compulsiva; si fue otro quien provocó ese estado, la violencia es inductiva.

Pero es indiferente para la perfección del delito que la víctima se encuentre colocada en imposibilidad defensiva por causas ajenas a la voluntad del actor, o que haya sido él mismo quien la puso en condiciones que le facilitaran la realización del acto, anulando toda resistencia y capacidad de lucha del sujeto pasivo del delito.

El cargo que se le ha formulado a Jorge Alberto Lozano Sanabria es el de violación presunta —compulsiva— por causa accidental. ¿Pero se ha probado el delito? ¿Se sabe qué droga, bebida, alcaloide o narcótico le suministró el procesado a Luz Fanny Arenas, y en dónde? El opio o el cloroformo o la morfina o la cocaína o la marihuana le fue suministrada por las vías digestivas o respiratorias, y cuál de esos tóxicos tiene —y en qué dosis— un poder tan destructor y anestesiante para prolongar la inhibición por el tiempo que transcurrió —según lo asegura la perjudicada— de las siete y media de la noche, en que perdió el conocimiento, a las tres de la mañana, en que lo recobró, sin mencionar las sensaciones patológicas que hubiera experimentado al final de tan vasto letargo, ni siquiera las naturales reacciones de orden psíquico consiguientes al atropello de que fue víctima? Tales datos —tan decisivos— no se obtuvieron, y el funcionario que practicó las diligencias informativas omitió allegarlos consultando a peritos médicos, quienes habrían despejado las incógnitas que aparecen en la incompleta investigación, sobre la cual, sin embargo, se adelantó y concluyó en sus instancias regulares el proceso penal.

Si cuando la causa de la violencia es sólo física —efectiva— y consiste en dominar a la víctima por medio de la fuerza, reduciéndola a la impotencia, es preciso registrar las huellas que hayan quedado en la persona, asimismo, si se trata de la violencia presunta, es de todo punto necesario comprobar de qué procedimiento se valió

l responsable para conseguir su propósito. El rocedimiento tiene que ser eficaz, porque, por jemplo, no cualquier cantidad de alcohol pro- luce el grado de relajamiento necesario para que ea posible aseverar que el acto carnal ocurrió in conocimiento de la poseída.

El doctor Guillermo Uribe Cualla, en su libro "Medicina Legal y Psiquitría", edición de 1941, pág. 291, dice sobre la violación de una mujer en estado de embriaguez:

"Cuando una mujer ha ingerido cierta cantidad de alcohol, en que queda en completa embriaguez, con pérdida de la conciencia, anestesia y relajamiento de todas las funciones, es claro que puede ser violada sin que la víctima se dé cuenta de tal acto. Mas esto no es verosímil cuando la mujer sólo ha tomado una pequeña cantidad de alcohol, y conserva la conciencia y el control más o menos completo de sus funciones vitales".

El mismo profesor, al referirse a la violación mediante anestesia, anota:

"En varias ocasiones la víctima de una desfloración da como antecedente el que fue dormida con anestésico, como el éter o el cloroformo, y explican que se les pasó rápidamente un pañuelo por la boca y la nariz, y no volvieron a saber más de sí. Esta narración no es verosímil, porque no existe ninguna sustancia narcótica que duerma instantáneamente a una persona, con sólo absorberla rápidamente por las fosas nasales. Para dormir con el cloroformo o el éter se necesita que se aspiren sus vapores por un tiempo continuo, haciendo profundas inspiraciones y consumiendo una cantidad más o menos apreciable del anestésico empleado. Además, la persona que ha sido sometida a un anestésico, como el cloroformo, cuando sale de su estado de sueño artificial, experimenta cierta obnubilación (sic) intelectual, vómito, tinte amarillo de las conjuntivas; circunstancias que se deben tener presentes cuando la denunciante habla de lo reciente de este atentado".

Todo ello está diciendo que los signos de la violencia, sea ella efectiva o presunta, requieren una prueba técnica, pues constituyen un problema pericial.

En el proceso de la incriminación primero corresponde demostrar el delito, su presencia objetiva y su ser jurídico, para que pueda hablarse luego del fenómeno de la responsabilidad. La confesión vale en cuanto se haya establecido el hecho delictuoso. Y es innegable que en el caso que se estudia aquel esencial requisito no se acreditó, ni sería admisible suponerlo porque en un momento del interrogatorio del sindicado éste aceptara —confundiendo el acto con el delito mismo— algo que aclaró a continuación en una forma que no revela malicia sino más bien sencillez e ignorancia, cuando dice que lo que ocasionó la inconciencia de Luz Fanny fue el amor y nada más.

El significado de tan singular respuesta es claro, fácilmente comprensible, y nada hay que se oponga, pues por el contrario todo induce a estimarlo así, a que el interrogado hubiera creído que se le estaba averiguando por el transporte o éxtasis amoroso de su pareja. Pero ni aun en la hipótesis de la interpretación que de esa respuesta se hace en el fallo puede concederse que se confesó un delito que, como ya se dijo, exige una prueba de orden técnico.

Resulta, pues, justificada la causal segunda (5º cargo) en cuanto se le dio a la indagatoria un valor de que en verdad está desprovista.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y en desacuerdo con él, CASA la sentencia de dos (2) de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), del Tribunal Superior de Bogotá y, en su lugar, ABSUELVE a Jorge Alberto Lozano Sanabria de los cargos formulados en el auto de proceder.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve—Ricardo Jordán Jiménez—Luis Zafra.

Julio E. Argüello, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS. — DELITOS CONEXOS

Si los hechos denunciados tuvieran plena confirmación dentro del proceso, los delitos demostrados serían los de rapto y estupro, de jurisdicción y competencia de los Jue es de Circuito. Pero, como los delitos se cometieron en diversas jurisdicciones, las normas aplicables para resolver el problema de la competencia —en este caso— serían las de los artículos 56 y 57 del Código de Procedimiento Penal, bien por tratarse de un hecho (rapto consentido) de carácter permanente o delito crónico, ya también, por haberse cometido los delitos en lugares distintos y ser conexos, y en ausencia de disposición expresa que regule la jurisdicción y competencia para esta clase de delitos, la norma aplicable es la del artículo 57.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, noviembre quince de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

Procede la Corte a resolver el incidente de competencias negativa suscitada entre el Juez Segundo Penal del Circuito de Manizales y el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira, en el proceso adelantado contra **Rigoberto Aristizábal** acusado por los delitos de rapto y estupro cometidos en la persona de Melba López.

Antecedentes

El nueve de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco, en la Inspección Departamental de Policía del "Alto de Mina", Municipio de Chinchiná, Josefina López presentó denuncia criminal contra Rigoberto Aristizábal, acusándolo de los delitos de rapto y estupro cometidos en la persona de Melba López, hija de la denunciante.

Melba López trabajaba en la casa de los esposos Serafín Quintero y Fanny Vargas; el primero de mayo del presente año Rigoberto Aristizábal se entrevistó con la ofendida y le manifestó el deseo de terminar sus relaciones amorosas; ésta le dijo que la llevara para Santa Rosa y mutuamente acordaron el plan; en un automóvil de la "Empresa Arauca" viajaron a Santa Rosa y allí se hospedaron en el Hotel Miramar y aquella noche tuvieron sus primeras relaciones sexuales. Al día siguiente viajaron a casa de Aristizábal ubicada en el "Alto de Mina", municipio de Chinchiná.

Melba López al principio expresó que abandonó la casa donde trabajaba porque Aristizábal le había prometido casarse posteriormente con ella, pero en la diligencia de careo estuvo de acuerdo con el sindicado en que tanto su viaje como las relaciones sexuales se hicieron con su consentimiento, es decir, voluntariamente sin ningún ofrecimiento y sin promesa de matrimonio por parte de Aristizábal.

Colisión

En providencia de veintiocho de junio de mil novecientos cincuenta y cinco, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Manizales, después de analizar los hechos y pruebas del proceso, expresa:

"De acuerdo, pues, con las últimas explicaciones dadas por la ofendida, es preciso descartar la existencia del delito "del rapto" a que ella (Melba López aclara la Corte) hizo referencia en su declaración instructiva por la ausencia de los requisitos exigidos en el artículo 319 del Código Penal para que tal acto hubiera tenido vida jurídica, pues ambas partes están acordes en que esas relaciones amorosas y la promesa de matrimonio hecha por el sindicado las habían dado por terminadas. Y si los actos carnales ejecutados entre ellos se cumplieron sin la previa promesa formal de matrimonio o la ejecución de maniobras o supercherías la citada infracción no ha existido.

"Tampoco puede hablarse de una posible corrupción de menores por razón de la edad de la

ofendida y porque de lo aseverado en el citado careo se desprende claramente que no solamente no era mujer virgen sino que física y moralmente estaba ya corrompida.

"Lo que sí se evidencia claramente es el delito 'del rapto' con consentimiento de la López. Las manifestaciones hechas por el sindicado en el referido careo son claras y contundentes sobre este particular. Pero comoquiera que fue realizado en la ciudad de Pereira, es al señor Juez Penal de dicho Circuito (repartimiento) a quien exclusivamente corresponde su conocimiento y por ello que habrá de disponerse su inmediata remisión".

A su vez, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira, en providencia de siete de octubre del presente año, sostiene que la calificación jurídica del delito no puede hacerse en un auto de esta naturaleza sino en el de proceder, o de sobreseimiento definitivo, o en providencia dictada de acuerdo con el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal "por tal razón las imputaciones hechas por delitos de rapto y estupro están vigentes".

Agrega que como la denuncia se presentó en jurisdicción del Municipio de Chinchiná, que en ese lugar se abrió la investigación, se capturó y detuvo al sindicado, la regla que determina la jurisdicción y competencia es la del artículo 57 del Código de Procedimiento Penal, siendo por tal motivo el Juez competente para conocer del proceso el de Manizales y no el de Pereira, razones por las cuales se abstiene de conocer y ordena remitir el negocio a la Corte para que resuelva el incidente.

Se considera:

La jurisdicción y competencia no se determina por el simple hecho de la denuncia; se adelanta una investigación cuando existe probabilidad de que el hecho denunciado se realizó o pudo realizarse y se califica el mérito del sumario sobre el resultado de la investigación. Si en diligencias posteriores a la denuncia se niegan las imputaciones o se deduce que alguno de los hechos jurídicamente no pueden estructurarse como delito, ello será materia de calificación en el auto de fondo y no en debates como el incidente de colisión de competencias.

Si los hechos denunciados tuvieran plena confirmación dentro del proceso, los delitos demostrados serían los de rapto y estupro, de jurisdicción y competencia de los Jueces de Circuito. Pero, como los delitos se cometieron en diversas jurisdicciones, las normas aplicables para resolver el problema de la competencia —en este caso— serían las de los artículos 56 y 57 del Código de Procedimiento Penal, bien por tratarse de un hecho (rapto consentido) de carácter permanente o delito crónico, ya, también, por haberse cometido los delitos en lugares distintos y ser conexos, y en ausencia de disposición expresa que regule la jurisdicción y competencia para esta clase de delitos, la norma aplicable es la del artículo 57.

Como el lugar donde se formuló la denuncia, se dictó auto cabeza de proceso, se ordenó la detención y se aprehendió al inculpado, corresponde a jurisdicción del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Manizales, es a este funcionario a quien corresponde conocer del presente negocio.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DIRIME la colisión de competencias negativa, en el sentido de atribuír el conocimiento del negocio al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Manizales.

Dése cuenta de lo actuado al Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve—Ricardo Jordán Jiménez—Luis Zafra.

Julio E. Argüello, Secretario.

IMPEDIMENTOS

Sólo cuando el Magistrado impedido es el ponente puede ordenar pasar el negocio al que le siga en turno para la calificación del mismo; si no tiene esa calidad (ponente), la manifestación o declaración de impedimento pasa al Magistrado a quien en reparto se adjudicó el asunto para que lo califique; éste, por regla general, es el procedimiento que debe observarse —como lo hace la Corte— y no el adoptado por el Tribunal.

La providencia que califica el impedimento de un Magistrado, lo mismo que la recusación, es un auto interlocutorio, porque resuelve un incidente dentro del proceso penal (artículo 156, numeral 2º del C. de P. P.). Los autos interlocutorios se dictan por la Sala de Decisión en los Tribunales (artículo 161) y ésta, cuando hay un Magistrado impedido, no es unitaria sino dual, o sea, la que forman los otros Magistrados que componen la Sala respectiva (artículo 74). La calificación del impedimento hecha por un solo Magistrado no está ceñida a la ley porque la aceptación o rechazo del impedimento —se repite— la hacen los dos Magistrados restantes que forman la Sala respectiva al tenor de lo dispuesto por el artículo 442 del Código Judicial aplicable al caso por no ser sus disposiciones contrarias a las normas del procedimiento penal (artículo 7º). Mientras la decisión del impedimento —en el Tribunal— no se resuelva de acuerdo con las normas legales, la Corte no tiene jurisdicción y competencia para conocer del incidente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, noviembre diez y siete de mil novecientos cincuenta y cinco.

Ha llegado a la Corte el proceso adelantado contra Gerardo Rincón Torres (homicidio) para que esta Entidad califique el impedimento manifestado por el doctor Gonzalo Rodríguez Suárez para intervenir en el conocimiento del negocio.

Impedimento

El doctor Víctor Arenas Sandoval (Magistrado Ponente) anota que "al folio 48 del primer cuaderno, obra un poder debidamente aceptado, otorgado por la viuda del occiso al doctor Gonzalo Rodríguez Suárez para que se constituya parte civil dentro del proceso y el cual poder fue debidamente decretado y aun cuando el doctor Rodríguez Suárez, no alcanzó a ejercerlo, como Magistrado integrante de la Sala debe pasársele el expediente para que resuelva lo que estime conveniente".

El doctor Gonzalo Rodríguez Suárez, con base en el anterior informe "se declara impedido para intervenir en el conocimiento y decisión de este asunto" y ordena pasar el negocio al Magistrado de turno para los efectos legales correspondientes. A su vez, el Magistrado Jaime Ruiz Ojeda, no acepta las razones del impedimento y ordena remitir el sumario a la Corte para que resuelva de plano lo que sea legal.

Se considera:

Sólo cuando el Magistrado impedido es el ponente puede ordenar pasar el negocio al que le siga en turno para la calificación del mismo; si no tiene esa calidad (ponente), la manifestación o declaración de impedimento pasa al Magistrado a quien en reparto se adjudicó el asunto para que lo califique; éste, por regla general, es el procedimiento que debe observarse —como lo hace la Corte— y no el adoptado por el Tribunal.

La providencia que califica el impedimento de un Magistrado, lo mismo que la recusación, es un auto interlocutorio, porque resuelve un incidente dentro del proceso penal (artículo 156, numeral 2º del C. de P. P.). Los autos interlocutorios se dictan por la Sala de Decisión en los Tribunales (artículo 161) y ésta, cuando hay un Magistrado impedido, no es unitaria sino dual, o sea, la que forman los otros Magistrados que com-

ponen la Sala respectiva (artículo 74). La calificación del impedimento hecha por un solo Magistrado no está ceñida a la ley porque la aceptación o rechazo del impedimento —se repite— la hacen los dos Magistrados restantes que forman la Sala respectiva al tenor de lo dispuesto por el artículo 442 del Código Judicial aplicable al caso por no ser sus disposiciones contrarias a las normas del procedimiento penal (artículo 7º). Mientras la decisión del impedimento —en el Tribunal— no se resuelva de acuerdo con las normas legales, la Corte no tiene jurisdicción y competencia para conocer del incidente.

"La Corte ha resuelto que el incidente deben resolverlo los dos Magistrados restantes de la Sala y que si son dos los impedidos debe sortearse conjuez; pero eso se ha decidido en tratándose de Salas Penales de Tribunal que no constan sino de tres Magistrados, pues lo obvio es que cuando dicha Sala conste de mayor número, debe acudirse, para formar la Sala dual que ha de resolver el conflicto, al siguiente en orden alfabético de apellidos según los artículos 70 y 71 del Código Judicial. Que lo relativo a impedimentos y recusaciones está reglamentado en el Código de Procedimiento Penal, no excluye, de manera absoluta, la referencia al Código de Procedimiento Civil, en cuanto haya vacíos, como se advirtió en la misma providencia dictada. Vacío que existe porque lo relativo a la organización de las Salas de los Tribunales no se halla reglamentada sino en este último Código".

Por lo expuesto, se ordena devolver las presentes diligencias al Tribunal de origen, para que en la tramitación y decisión del impedimento se cumplan los ordenamientos legales.

Cúmplase.

Domingo Sarasty Montenegro—Julio E. Argüello, Secretario.

EXTINCION DE LA ACCION PENAL

La muerte del procesado está erigida por la ley como uno de los medios de extinguir la acción o la condena penal. Si las penas privativas de la libertad tienen el carácter de absolutamente personales, es natural que la muerte del procesado o condenado extinga la acción o la condena por falta de sujeto sobre el cual deben recaer. Desaparecida una de las personas que constituye la relación jurídico-penal del proceso, el Estado no puede hacer efectiva ni la acción ni la condena por ausencia absoluta de sujeto pasivo de la misma.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, noviembre veintidós de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en providencia de fecha diez y ocho de mayo del presente año, "declara extinguida por muerte del procesado la acción penal adelantada en este proceso contra el doctor Tulio Londoño Botero. Ordena, en consecuencia, la cesación del procedimiento", providencia que por consulta revisa la Corte.

Por los delitos de detención arbitraria, abuso de confianza y concusión se iniciaron estas diligencias en contra del doctor Tulio Londoño Botero —en ese entonces Juez Militar de la Tercera Brigada— pero en el curso de la presente investigación ocurrió la muerte del sindicado, siendo necesario declarar extinguida la acción penal de conformidad con disposiciones tanto sustantivas como procedimentales que rigen para estos casos.

"Dada la comprobación plena de la muerte del doctor Tulio Londoño Botero —dice el Tribunal— hecho que se acredita con el documento de que se ha hecho mención en el aparte anterior, la presente providencia debería limitarse a reconocer esa circunstancia y a ordenar, por consiguiente, la cesación del procedimiento tal como lo insinúa la Corte y lo solicita el señor Fiscal Segundo de esta Corporación. Sin embargo, el Tribunal aún a riesgo de hacerse enfadoso e inoportuno, va a permitirse hacer algunas aclaraciones acerca del auto de sobreseimiento revocado por la H. Corte para ver de ponerse a cubierto de las críticas hechas por esa alta entidad, las que, no por ser formuladas con la mesura y discreción que corresponden a los actos de nuestro primer Tribunal de Justicia, dejan de envolver un serio reproche a la actuación de esta Sala".

Se considera:

La muerte del procesado está erigida por la Ley como uno de los medios de extinguir la acción o la condena penal. Si las penas privativas de la libertad tienen el carácter de absolutamente personales, es natural que la muerte del procesado o condenado extinga la acción o la condena por falta de sujeto sobre el cual deben recaer. Desaparecida una de las personas que constituye la relación jurídico penal del proceso, el Estado no puede hacer efectiva ni la acción ni la condena por ausencia absoluta de sujeto pasivo de la misma.

Como en autos se halla plenamente comprobado que el doctor Londoño Botero falleció el día veinte de febrero de mil novecientos cincuenta y cinco, la providencia del Tribunal debe confirmarse.

Cuando la Corte en ejercicio de un recurso revisa una providencia, la crítica que a ella hace no envuelve un reproche, lo que significaría una reconvención, según el léxico; la crítica se refiere a una actuación jurídica equivocada y el reproche toca más bien con la conducta del fun-

cionario, que es algo que aquí no tiene cabida ni se ha sugerido siquiera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, CONFIRMA la providencia de diez y ocho de mayo del presente año, por la cual se declara extinguida por muerte del procesado la acción penal, y se ordena, en consecuencia, la cesación del procedimiento.

Notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve—Ricardo Jordán Jiménez—Luis Zafra. Julio E. Argüello, Secretario.

PRESCRIPCION

La acción penal se extingue por el fenómeno jurídico de la prescripción, y ésta, en relación con los delitos, se cumple en treinta años para aquellos que tengan señalada una pena privativa de la libertad de veinte años o más; en un tiempo igual al máximo de la sanción fijada en la disposición penal para las infracciones que tienen pena privativa de la libertad mayor de cinco años y menor de veinte; y en cinco años para los demás delitos.

La prescripción de la acción penal implica la cesación del derecho que tiene el Estado como titular de la acción pública para proseguir la correspondiente investigación; bien porque el tiempo debilita la alarma social producida con motivo de la infracción, ora, porque aminora la fuerza probatoria de los hechos y dificulta la creación de elementos probatorios para la demostración de los mismos, ya también, porque impide que determinada persona esté sometida al peso de una imputación delictuosa sin definirse su situación jurídica frente a la ley. Cuando concurren estos motivos en determinado proceso, la prescripción se opera por mandato de la ley, y así debe decretarse.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, noviembre veintitrés de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

En providencia de treinta de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín declaró prescrita la acción penal en favor de los doctores Jesús Arango, Enrique Giraldo y Jesús Muñoz Duque. En consecuencia, ordenó cesar todo procedimiento y dispuso la consulta de esta providencia.

El Inspector de Policía de Yondó, el quince de junio de mil novecientos cuarenta y ocho, inició la correspondiente investigación contra Jesús Emilio Barrera acusado por un delito de homicidio. Tanto el detenido como el proceso fueron remitidos al Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Medellín. El negocio fue repartido y radicado el veintisiete de julio de mil novecientos cuarenta y ocho, y desde esta fecha hasta el diez de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve, no se practicó diligencia alguna.

Estos hechos fueron puestos en conocimiento de la Fiscalía 2ª del Juzgado Superior por el Secretario de dicho Juzgado en oficio número 13 de diez de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve y sobre este informe se adelantó la correspondiente investigación.

Los funcionarios que desempeñaron el cargo de Juez 2º Superior durante el tiempo comprendido entre el veintisiete de julio de mil novecientos cuarenta y ocho hasta el diez de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve, lapso en el cual ocurrieron las demoras, fueron los doctores Enrique Giraldo Z. y Jesús Muñoz Duque, según se desprende de las diligencias de posesión que reposan en el expediente.

En cuanto al doctor Jesús Arango Muñoz, debe advertirse que si bien es verdad que fue nombrado por el Tribunal como Juez titular de dicho Juzgado, éste no aceptó el cargo y por tal motivo no ejerció la función.

La acción penal se extingue por el fenómeno jurídico de la prescripción, y ésta, en relación con los delitos, se cumple en treinta años para aquellos que tengan señalada una pena privativa de la libertad de veinte años o más; en un tiempo igual al máximo de la sanción fijada en la disposición penal para las infracciones que tienen pena privativa de la libertad mayor de cinco años y menor de veinte; y en cinco años para los demás delitos.

La prescripción de la acción penal implica la cesación del derecho que tiene el Estado como titular de la acción pública para proseguir la correspondiente investigación; bien porque el tiempo debilita la alarma social producida con motivo de la infracción, ora, porque aminora la fuerza probatoria de los hechos y dificulta la creación de elementos probatorios para la demostración de los mismos, ya también, porque impide que determinada persona esté sometida al peso de una imputación delictuosa sin definirse su situación jurídica frente a la ley. Cuando concurren estos motivos en determinado proceso, la prescripción se opera por mandato de la ley, y así debe decretarse.

Como el delito investigado —abuso de autoridad— por una parte, se halla sancionado con multa de diez a trescientos pesos, y por otra, el tiempo corrido desde la comisión del hecho hasta la presente fecha es mayor de cinco años, es natural que el fenómeno de la prescripción de la acción penal —en el presente caso— se ha cumplido.

"Se observa —dice la Procuraduría— que durante el lapso del 27 de julio de 1948 al 10 de febrero de 1949 el Juzgado 2º Superior de Medellín fue servido únicamente, como Jueces, por los doctores Enrique Giraldo Zuluaga, quien se posesionó el 16 de julio de ese mismo año y permaneció allí hasta el 15 de octubre del mismo año de 1948 en que, por renuncia, fue reemplazado por el doctor Jesús Muñoz Duque, quien se hallaba al frente del Despacho el 10 de febrero de 1949. (Véase copias de los Acuerdos de nombramiento y de las Actas de posesión. Fls. 23 vto. y 24 fte. y vto. y 26 vto. y 27 fte. del cuaderno principal).

"Ambos funcionarios tenían el carácter de interinos.

"El doctor Jesús Arango Muñoz, quien era titular en propiedad, no ejerció en ningún momento el cargo durante el lapso referido, pues, ya se dijo, fue reemplazado (en virtud de renuncia por él presentada) por el doctor Giraldo Zuluaga.

"Así, pues, este doctor Arango Muñoz nada tuvo que ver con la demora ordenada investigar y fue un error manifiesto del H. Tribunal de Medellín el haberlo involucrado en ella".

Posteriormente expresa:

"En virtud de todo lo expuesto la Procuraduría solicita de la H. Corte, muy atentamente, que REVOQUE la providencia consultada del H. Tribunal Superior de Medellín, en lo que dice relación al doctor Jesús Arango Muñoz, por no tener éste nada que ver con respecto a la presente investigación, y la CONFIRME en todo lo demás, dando así aplicación al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal y de acuerdo con reiterada doctrina de la H. Corte".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, de acuerdo con él,

RESUELVE:

a) Confirmar la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín de fecha treinta de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, en lo que hace referencia a los doctores Enrique Giraldo Z. y Jesús Muñoz Duque; y,

b) Revocar dicha providencia en lo relativo al doctor Jesús Arango Muñoz, por no ser sujeto de ninguna acción penal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve—Ricardo Jordán Jiménez—Luis Zafra. Julio E. Argüello, Secretario.

SENTENCIA. — ARTICULO 153 DEL C. DE P. P.

Toda investigación de carácter penal supone necesariamente de la existencia de un delito; es decir, que la persona a quien se imputa el hecho haya infringido la ley penal. Sobre estas afirmaciones —existencia del delito y sujeto responsable— se adelanta la correspondiente investigación. Pero cuando en el curso de ella se demuestra plenamente que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse, previo dictamen favorable del Agente del Ministerio Público el Juez debe dictar sentencia en que así lo declare y ordene cesar todo procedimiento.

La providencia del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, propugna dos finalidades: una de orden público y otra de carácter privado. La primera, atinente a los fines del Estado, para evitar investigaciones inoficiosas y perjudiciales para la recta administración de justicia; y la segunda, relativa al interés de la persona sindicada, para definir su situación ante los funcionarios de la Rama Jurisdiccional en el menor término posible. El peso de una sindicación y los perjuicios que ella entraña no pueden condicionarse a la terminación de un sumario o de un juicio si en el proceso se halla demostrada plenamente cualquiera de las circunstancias requeridas por la disposición que se comenta. Paro estos casos —de interés público y privado— la ley ha consagrado una forma especial para finalizar la actuación, y ésta no es otra que la aplicación del artículo 153.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, noviembre veintitrés de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla consulta la providencia de diez y seis de febrero de mil novecientos cincuenta y cinco, por la cual "decreta la cesación de todo procedimiento en estas sumarias" en favor de los doctores **Enrique Nieto Carrol** y **Federico Rodríguez Barrios,** acusados por un delito de abuso de autoridad.

Hechos

El doctor Zenón Hernández Moré, ante el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, acusa a los doctores Nieto Carrol y Federico Rodríguez Barrios en estos términos:

"El doctor Nieto Carrol se valió de su influencia como Juez Primero Superior de este Distrito Judicial, para conseguir de su colega el señor Juez Tercero Superior doctor Federico Rodríguez Barrios, pidiera el sumario seguido a Fernando Nieto Carrol, Manuel Hernández y otro por un delito de sustracción de dinero y drogas de la Sindicatura del Hospital de Caridad de Barranquilla, con el fin de (sic) se pusiera en libertad los detenidos (sic) quienes a espaldas del doctor Víctor Dugand, digna persona y proba, hicieron una maniobra de manera que dilapidaron más de ochenta y ocho mil pesos de los fondos de la aludida Sindicatura simulando compras de drogas.

"El doctor Federico Rodríguez Barrios —dice el denunciante— tiene complicidad con el doctor Nieto Carrol" en los hechos que se dejan relatados.

Investigación

Para demostrar la calidad de funcionarios públicos que —en ese entonces— tenían los acusados como Juez Primero y Tercero Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, se allegaron copias de los Acuerdos de nombramiento y Actas de posesión.

En orden a demostrar los hechos, se ordenó

practicar una diligencia de inspección ocular en el negocio a que hace referencia la denuncia.

Cumplidas estas formalidades, el Juzgado ordenó correr traslado del negocio al Agente del Ministerio Público para que emitiera concepto sobre aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal. Rendido éste, el Tribunal dictó la providencia que hoy es materia de consulta.

Inspección ocular

Los hechos comprobados fueron estos:

a) Cuantía de la estafa.

La denuncia se presentó por la cantidad de cuatro mil pesos, mas, por la devolución de algunos fondos quedó reducida a la suma de dos mil trescientos treinta y tres pesos con treinta y tres centavos, pero en ningún caso por la cantidad de ochenta y ocho mil pesos, como asegura el denunciante; y,

b) Que el doctor Rodríguez Barrios solicitó el negocio al Juez comisionado y una vez en su poder libertó a los sindicados.

Ninguna providencia dictó el funcionario para que el negocio se le remitiera, suspendiendo en esta forma la comisión. No dictó auto de libertad provisional de los sindicados por los motivos a que hace referencia la denuncia. El negocio se encontraba en su poder por haber vencido el término de la comisión.

Estos hechos desvirtúan las aseveraciones de la denuncia.

Concepto de la Procuraduría

Al referirse a los hechos que motivan la denuncia y al analizar las pruebas antes mencionadas, el Colaborador se expresa en estos términos:

"Esta imputación, sin embargo, quedó plenamente desvirtuada en la diligencia de inspección ocular que se practicó en el cuestionado proceso, pues en ella se lograron establecer los siguientes hechos:

"1º—Que el Juez 3º Superior no tuvo necesidad de solicitar el expediente al funcionario comisionado, que lo era el Juez 4º Penal Municipal, para efecto de concederles la libertad a los sindicados, por cuanto el negocio se encontraba a su Despacho cuando se hicieron las peticiones de libertad para los procesados Ibáñez Nieto y Serrano. (Fl. 51);

"2º—Que 'el sindicado Fernando Nieto Carrol fue puesto en libertad por el señor Juez 4º Municipal Penal por solicitud de su apoderado doctor Pablo Emilio Manotas... previo concepto favorable del señor Personero Municipal... y mediante fianza personal de mil quinientos pesos'. (Fl. 50);

"3º—Que en el expediente no existe constancia de que el Juez 3º Superior le hubiera reclamado la devolución del proceso al funcionario comisionado, sino que, por el contrario, negó la solicitud que en tal sentido le hizo el apoderado de uno de los sindicados. (Fls. 49 y 48); y

"4º—Que el funcionario comisionado devolvió el expediente al vencimiento de la comisión, sin necesidad de requerimiento del Juez 3º Superior (fs. 45 y 48).

"Resulta así comprobado que el hecho que el denunciante les imputó a los doctores Enrique Nieto Carrol y Federico Rodríguez Barrios, cuya calidad oficial se halla legalmente acreditada en autos, no ha existido, y en tal virtud lo resuelto por el Tribunal no merece reparo".

Se considera:

Toda investigación de carácter penal supone necesariamente la existencia de un delito; es decir, que la persona a quien se imputa el hecho haya infringido la ley penal. Sobre estas afirmaciones —existencia del delito y sujeto responsable— se adelanta la correspondiente investigación. Pero cuando en el curso de ella se demuestra plenamente que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse, previo dictamen favorable del Agente del Ministerio Público el Juez debe dictar sentencia en que así lo declare y ordene cesar todo procedimiento.

La providencia del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, propugna dos finalidades: una de orden público y otra de carácter privado. La primera, atinente a los fines del Estado, para evitar investigaciones inoficiosas y perjudiciales para la recta administración de justicia; y la segunda, relativa al interés de la persona sindicada, para definir su situación ante los funcionarios de la Rama Jurisdiccional en el menor término posible. El peso de una sindicación y los perjuicios que ella entraña no pueden condicionarse a la terminación de un sumario o de un

juicio si en el proceso se halla demostrada plenamente cualquiera de las circunstancias requeridas por la disposición que se comenta. Para estos casos —de interés público y privado— la ley ha consagrado una forma especial para finalizar la actuación, y ésta no es otra que la aplicación del artículo 153.

"La providencia que se dicte con sujeción a lo dispuesto por el artículo 153 del C. de P. P. —ha dicho la Corte— en su parte resolutiva debe contener dos ordenamientos: el primero, hace referencia a la declaratoria de que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción no puede proseguirse; y el segundo que es una conclusión de la primera afirmación, debe contener la orden de cesar todo procedimiento en contra del sujeto que aparece como presunto sindicado. La omisión de cualquiera de estos requisitos debe subsanarse por la entidad que revisa el correspondiente fallo, para que esa providencia se ciña a los términos estrictos de la ley".

Como el Tribunal, en la providencia que se revisa, omitió cumplir estos requisitos expresando únicamente que "decreta la cesación de todo procedimiento", la Corte en esta oportunidad habrá de reformar la providencia en el sentido que se deja anotado. Y como, por otra parte, los hechos imputados no existieron como delitos, ni fueron cometidos por los funcionarios denunciados, la providencia consultada, con la advertencia que se anota, debe confirmarse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, de acuerdo con él,

RESUELVE:

a) Declarar que los hechos imputados no existieron como delitos y que los sindicados no los cometieron; y

b) Ordenar cesar todo procedimiento contra los doctores Enrique Nieto Carrol y Federico Rodríguez Barrios.

En estos términos queda reformada la providencia objeto de la consulta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve—Ricardo Jordán Jiménez—Luis Zafra. Julio E. Argüello, Secretario.

INADMISIBILIDAD DE UNA PRUEBA PERICIAL SOLICITADA EN UN PROCESO

En el proceso penal, las partes no pueden solicitar, en cualquier tiempo y cuando no les agrade un dictamen pericial, el cambio de los peritos y la práctica de otro estudio sobre materia que fue ya sometida a examen por personas versadas en las ciencias o en las artes.

Las pruebas legítimamente cumplidas adquieren firmeza y seriedad, y corresponde después al juzgador apreciarlas jurídicamente en el momento de dictar el fallo. El proceso no es un laboratorio indefinido de investigaciones, que permita llevar hasta lo infinito la práctica de pruebas, máxime si son inconducentes e ineficaces. De lo contrario, los procesos se harían interminables y la administración de justicia caería en el desprestigio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, veintitrés de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra)

Vistos:

Decide la Corte el recurso de apelación interpuesto por la parte civil contra el auto de fecha nueve de julio de este año, en que el Tribunal Superior de Cali el negó unas pruebas solicitadas en el proceso que se sigue al doctor Ernesto Garcés O'Byrne, Juez 4º Civil de ese Circuito, por los delitos de falsedad, prevaricato y cohecho.

Fue denunciante en dicho negocio el doctor Luis E. Bonilla Plata, quien después se constituyó parte civil. Entre los hechos materia de la investigación, puntualizó los siguientes:

1º Que en un certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos de Cali hubo alteraciones, por haberse "borrado la fecha original que ese certificado llevaba, en letra roja, y se le ha agregado en letra negra una razón que no tenía por qué ponerse allí, pero sí hizo (sic) para ocupar espacio en el papel sellado y pasar la firma del Registrador a otra hoja, se le borró a continuación la razón 'El Registrador', y se le puso nueva fecha"; y

2º Que en el mismo documento hubo también otra falsedad, consistente en que "la estampilla de timbre nacional por $ 0.50 que debe llevar todo certificado, fue quitada y en su lugar se puso otra, pero con tan poco tino que la parte inferior de esa estampilla nueva, cubre la parte superior de la leyenda del sello de la Oficina de Registro que dice: "DEPTO DEL VALLE DEL CAUCA"; además, se le puso de matasello otro distinto del original, y es así como desde el número "8" que está impreso sobre dicha estampilla, hasta la palabra "junio" que quiere aparecer como a continuación de toda la fecha, hay un espacio mucho mayor que en el resto... Así se quiso hacer aparecer como si el señor Registrador hubiera firmado ese certificado el día 8 de junio de 1954, y no la verdadera fecha que fue varios días antes de la que ahora aparece". (Fs. 23 v. y 24).

Tales adulteraciones, según el denunciante, fueron cometidas en el juicio ordinario de Paulina Corral v. de Navia contra Aida Barreiro y María Cajiao v. de Navia o María Fernández Cajiao.

Recibida la denuncia, el Magistrado sustanciador dictó el auto cabeza de proceso, y como primera diligencia ordenó practicar, en asocio de peritos, una inspección ocular en el juicio antes mencionado. Entre los puntos materia de la prueba concretó estos dos:

"b) Si en el citado cuaderno (el de pruebas de la parte demandante, aclara la Corte) a fs. 5, aparece alguna enmienda o emborronadura en el certificado expedido por el señor Registrador de documentos públicos y privados de Cali, o adulteración, y si existieren, en qué consisten; c) Si al folio 6 del citado cuaderno existen huellas o rastros que demuestren que la estampilla de $ 0.50, de Timbre Nacional, que aparece allí, reemplazó o otra estampilla, teniendo en cuenta "que la parte inferior de esa estampilla nueva, cubre la parte superior de la leyenda del sello de la oficina de registro que dice: "DEPTO. DEL VALLE DEL CAUCA"; además, se le puso de matasello otro distinto del original y es así como desde el número "8" que está impreso sobre di-

cha estampilla, hasta la palabra "junio" que quiere aparecer como continuación de toda la fecha, hay un espacio mucho mayor que en el resto". (Fs. 36).

Tanto en la diligencia de inspección ocular como en escrito separado, los peritos absolvieron claramente las preguntas antes transcritas. (Fs. 26 v., 28 y 28 v.).

El dictamen fue puesto en conocimiento de las personas que intervenían en el proceso, y el representante de la parte civil pidió ampliación de aquél, derecho que le fue concedido. Los expertos dieron su nuevo dictamen, que también se puso en conocimiento de las partes, sin que en esta ocasión ninguna de ellas hiciera reclamo alguno. Por eso, el Tribunal le impartió su aprobación en auto de 23 de junio de 1955. (Fs. 29, 29 v. a 32 v.).

Sin embargo, dos días después —el 25 de junio— la parte civil pidió "la práctica de un verdadero peritazgo, con peritos de reconocida capacidad técnica y honorabilidad" para que respondieran sobre tres cuestiones, dos de ellas, relacionadas, precisamente, con los mismos puntos tratados en la exposición pericial de que se ha hecho referencia. (Fs. 2 y 3).

El Tribunal negó la prueba solicitada, por improcedente, según providencia de fecha nueve de julio de este año, que es la recurrida. Consideró dicha entidad que, ya aprobado el dictamen pericial, a las partes sólo les quedaba el recurso de objetarlo por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción, en los términos del artículo 267 del Código de Procedimiento Penal.

Se considera:

El dictamen pericial realizado en el proceso contra el doctor Garcés O'Byrne versó cabalmente sobre los hechos sustanciales relativos a la falsedad documental. La parte civil, en la oportunidad que tuvo para ello, pidió la ampliación del peritazgo, y así se hizo, sin que entonces dicha parte dudara de los conocimientos técnicos de los peritos, ni de su rectitud. Tampoco objetó nada sobre el nuevo estudio que presentaron los expertos.

Luego la petición de la parte civil, encaminada a obtener que otros peritos vuelvan sobre el mismo tema, resulta inadmisible.

El cargo de perito es de forzosa aceptación, y una vez designado, debe llenar su cometido, sin que pueda excusarse "sino por enfermedad que lo imposibilite para ejercerlo, o por grave perjuicio de sus intereses", como lo estatuye el artículo 257 del Código de Procedimiento Penal. De otro lado excluídas las causales de incapacidad que señala taxativamente el artículo 259 ibidem, los peritos son recusables por los mismos motivos preestablecidos para los Jueces (artículo 262).

Rendido el dictamen pericial y puesto en conocimiento de las partes, éstas pueden pedir, dentro del término de cinco días, que los expertos lo expliquen, amplíen o aclaren. Igual cosa puede solicitar el Juez, en cualquier tiempo y antes de fallar (artículo 266). Y no sólo tienen ese derecho los interesados, sino también el de objetar el dictamen por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción, antes de que se dicte el veredicto del Jurado, en su caso, o antes de que el asunto entre al despacho del Juez para sentencia (artículo 267).

Estos son los caminos que da la ley para corregir la exposición de los peritos, o para lograr que otros distintos rindan nuevo dictamen. Pero lo que no autoriza al legislador es que las partes puedan solicitar, en cualquier tiempo y cuando no les agrade un dictamen pericial, el cambio de los peritos y la práctica de otro estudio sobre materia que fue ya sometida a examen por personas versadas en las ciencias o en las artes.

Las pruebas legítimamente cumplidas adquieren firmeza y seriedad, y corresponde después al juzgador apreciarlas jurídicamente en el momento de dictar su fallo. El proceso no es un laboratorio indefinido de investigaciones, que permita llevar hasta lo infinito la práctica de pruebas, máxime si son inconducentes o ineficaces. De lo contrario, los procesos se harían interminables y la administración de justicia caería en el desprestigio.

Si, pues, la prueba pericial que solicitó la parte civil a nada nuevo y útil conducía para el esclarecimiento de la verdad de los hechos, resulta entonces correcto el rechazo que de ella hizo el Tribunal en el auto que es materia de la impugnación.

Por eso, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, CONFIRMA la providencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase las diligencias.

Domingo Sarasty M.—Jesús Estrada Monsalve. Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra—Julio E. Argüello R., Secretario.

AMPLITUD DE LOS JUZGADORES DE INSTANCIA EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS.—ROBO—USO DE "LLAVES FALSAS" — IMPROCEDENCIA DE LA CAUSAL TERCERA DE CASACION EN LOS NEGOCIOS ADELANTADOS POR EL PROCEDIMIENTO DE LA LEY 48 DE 1936

1.—El estudio de una demanda de casación sólo impone considerar lo que en ella es fundamental, lo que se dirige a justificar los cargos, que deben formularse en forma concreta, presentando las razones que los sustentan y citando las disposiciones que se reputan violadas, lo que es deber del demandante.

2.—La Ley 94 de 1938 quiso darle a los jueces una mayor amplitud en el juzgamiento, en lo relacionado con los medios por los cuales llegan ellos a lo que se llama la certeza legal, esa dosis de convencimiento necesario para declarar responsable o inocente a un procesado.

La noción de convencimiento es algo que no se puede graduar, ni está sometido a una determinada tarifa en cuanto a los medios persuasivos como se formó. Por eso los tratadistas se oponen a que se hable de pruebas plenas o semiplenas, división inoficiosa en sentir de Framarino.

3.—En casos de estimación de la prueba, ha dicho la Corte refiriéndose a la causal segunda de casación, su función se limita a aquellos en que es protuberante el error, o sea, cuando el hecho de que se parte no se ha realizado, o el documento que se tuvo en cuenta para establecerlo contiene algo distinto de lo traducido o no existe, o el testimonio en que se apoya la condena resulta ineficaz por lo que expresa o niega en orden a probar la responsabilidad. Porque de otro modo, se repite, y si se tratara tan sólo de oponer a un criterio otro distinto, y además interesado, el Juez estaría siempre expuesto a ser corregido, si se atiende a que no todos razonan con la misma brillantez con palabras de mucha sonoridad, expresando sus ideas con la misma elegancia gramatical o con igual claridad, ni pueden explicar sus tesis o los motivos de su convicción de igual manera. Y si el convencimiento debe ser razonado, ello no quiere decir que haya obligación de indicar de qué naturaleza deben ser las razones creadoras de esa certidumbre. Lo que interesa es que no se contraríen los principios filosóficos que presiden el discernimiento y que las consecuencias que se deduzcan de un determinado hecho o de un supuesto no rompan el sentido común o la lógica.

4.—Es indiscutible que un testigo, cuyo testimonio ofrezca motivo de credibilidad, por sus condiciones personales, por el modo como refiere lo que ha pasado por sus ojos o han percibido sus oídos, por el estado de ánimo en que se encontraba tanto al referir lo apreciado por él como antes al observarlo, puede garantizar más perfectamente la verdad de lo que expone, que dos o más, que aún de acuerdo sobre el mismo punto, carezcan de aquellas cualidades.

5.—Un simple "no" —dicen los tratadistas— es una negación sustancial; pero si la negativa implica la afirmación de un hecho positivo, como cuando opone la imposibilidad de haber realizado el acto, la negación será formal.

6.—Si en un delito en el que por su naturaleza debieron intervenir más de dos personas para consumarlo apenas una aparece penalmente comprometida, no por ello podrá sostenerse que también ésta debe seguir la misma buena suerte de sus compañeros de acción.

7.—Las pruebas son siempre imperfectas, sobre todo las que provienen del testimonio humano, y aún la certeza en materia criminal no es otra cosa que un cálculo de probabilidades, han dicho algunos expositores. Pero para que una sentencia, en cuyo favor actúa la presunción de legalidad, pueda ser invalidada por motivos semejantes a los alegados en el presente recurso, tiene que ser manifiesta, es decir visible y muy

notoria la equivocación respecto de los elementos de juicio que informaron el criterio del juzgador.

8.—La causal tercera de casación no procede en los negocios adelantados mediante el procedimiento de la Ley 48 de 1936.

9.—Por "llaves falsas" entienden los penalistas que son todas aquellas que no se hayan destinado por el dueño para abrir las cerraduras violentadas por el culpable, y aún han declarado que el empleo de la llave verdadera, en condiciones abusivas, constituye uso de llaves falsas. Sin ir más lejos, así lo considera el Código Penal Colombiano cuando dice: "...Si se cometiere (el robo) ...con llaves sustraídas o falsas...".

De modo que si la llave legítima, la propia, se reputa falsa y agrava el delito cuando es usada por persona extraña al genuino poseedor a quien se le sustrajo, con mayor razón debe considerse "falsa" cuando se utilizó la auténtica para fabricar un duplicado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veinticinco de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

El recurso de casación que aquí se va a decidir, se refiere a la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, fechada el 10 de noviembre de 1954, en la cual se condena a Luis Enrique Galvis Ordóñez a la pena privativa de la libertad de diez años de presidio, por el delito de robo.

Este hecho ocurrió en Charalá, en el transcurso de la noche del 20 de enero del año ya citado y se ejecutó en bienes pertenecientes a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, que se hallaban en la agencia de la nombrada población.

Para consumar el delito hubo necesidad de penetrar al edificio haciendo uso de llaves "falsas" o duplicadas de las originales de los candados que aseguraban la puerta y forzar una de las cajas llamadas fuertes, de dicha Institución, que guardaba la cantidad desaparecida, o sea la de $ 50.505.19.

El proceso se adelantó mediante el procedimiento de la Ley 48 de 1936, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 1º del Decreto número 1426 de 1950.

La demanda

El doctor Carlos Sotomonte, defensor de Luis Enrique Galvis Ordóñez, ha presentado a la Sala Penal de la Corte una demanda cuidadosamente elaborada y ajustada a la técnica del recurso que él mismo interpuso. En ella invoca y sustenta las causales primera, segunda y tercera del artículo 567 del C. de P. P., las cuales desarrolla en el orden lógico que corresponde, o sea principiando por la segunda y advirtiendo —muy oportuna y adecuadamente— que la primera la alega como "una consecuencia de la causal tercera".

Antes de citar las razones y argumentos del demandante, expuestos con habilidad que es preciso reconocer, conviene para el mejor entendimiento del problema presentado, como también de los puntos concretos sobre que versan los argumentos, conviene, se repite, conocer los aspectos más salientes del hecho, especialmente en lo que atañe a la parte inquisitiva del proceso, de la cual se dedujo la responsabilidad de Galvis Ordóñez. Son ellos:

a) En el amanecer del 21 de enero de 1954 fue encontrada —en el sitio de la carretera de Charalá a San Gil— una camioneta, tipo "pannel", de color azul oscuro, de propiedad de Luis Enrique Galvis Ordóñez;

b) Dicho vehículo, que se ha considerado como el que utilizaron los partícipes del delito para conducirlos al lugar del robo y para alejarlos del mismo una vez consumado, sufrió un accidente en la vía, quedando lesionado uno de los ocupantes, cuyo nombre no se consiguió averiguar;

c) En el curso de la investigación, asesorada eficazmente por los Agentes de la Policía de Seguridad, se señaló, si no desde un principio, sí después de eliminar algunos individuos como posibles sindicados, a Luis Enrique Galvis Ordóñez como uno de ellos, una vez averiguado que a él pertenecía la camioneta, a cuyo accidente, infortunado para los infractores, se debió al buen resultado de la pesquisa;

d) Petronila Castro de Fonseca dice haber visto a las tres de la mañana del 21 de enero de 1954, a tres sujetos que portaban paquetes o "bojotes", los cuales depositaban en un carro que se hallaba estacionado y oculto detrás de un árbol, en la carretera de Charalá hacia "Confines". Este vehícu-

lo lo describe ella así: "camioneta de color azul oscuro, destapada y sin varillas de las que llaman pick-up";

e) Luis Noé Durán, Angel Miguel Salazar y Miguel A. Santos, quienes a la hora ya dicha o un poco después se dirigían, en una "chiva" manejada por Antonio García, apodado "jeta de mono" a cumplir con sus oficios de matarifes o jiferos en la ciudad de Bucaramanga, fueron alcanzados y pasados por un vehículo que marchaba a gran velocidad, el que más adelante hallaron "estrellado", con las puertas abiertas y sin pasajeros dentro; y al detallarlo dicen que era "una camioneta toda cubierta", de color azul oscuro, lo que pudieron verificar al mirarla sin la prisa de la primera vez, cuando les dio la impresión de que su color era negro;

f) A esas mismas horas transitaban por la carretera mencionada aunque no en iguales direcciones, otros vehículos, así: un camión que manejaba Antonio Villalba, a quien Petronila Castro de Fonseca, al ocuparlo, le puso en antecedentes de lo que acababa de observar, para ella muy sospechoso; una camioneta conducida por Luis Chacón, quien, a su turno, manifestó que por el sitio de "Quebrada-Seca" iban "dos máquinas: una camioneta y un automóvil";

g) El Tribunal al contemplar las diferentes hipótesis a que pudieran dar lugar los declarantes que suministraron los anteriores datos, hizo el siguiente análisis: "Si los peseros (sic) de El Valle venían en una 'chiva' o camioneta y si fueron pasados más acá del 'Puente de Miranda' por la camioneta azul oscura "toda cubierta' o cerrada, y si el punto de "Quebrada-Seca" queda más acá de Miranda, se explica por qué don Luis Chacón habla de haberse encontrado en este sitio una camioneta y un automóvil; la camioneta era la "camioneta" (sic) o "chiva" conducida por "jeta de mono" y que traía al grupo de peseros de El Valle para Bucaramanga, y el automóvil era nada menos que la camioneta azul oscuro "toda cubierta o cerrada, estilo pannel", que venía de Charalá con los autores del robo. Así se sabe también por qué Petronila Fonseca habló de un carro cerrado, negro, y por qué hubo confusión en los relatos... Pero se estableció en el proceso (f. 94) que Antonio García llevaba a los peseros o expendedores de carne de El Valle en una camioneta o "chiva" distinguida con las placas número 4610 de Santander. Luego el carro negro cerrado, era la camioneta pannel que más adelante resultó estrellada";

h) Los ocupantes del vehículo accidentado —no identificados, al menos en su totalidad— demostraron mucho interés en repararlo en el menor tiempo posible y antes de que amaneciera, y asimismo en que se asistiera al herido —tampoco identificado— en lo clínica de Bucaramanga, atenciones que pagaron con largueza, sin discutir ni el precio del traslado ni el de la reparación de la camioneta ni el de la curación del lesionado, cuentas que saldaron inmediatamente con billetes "nuevecitos" y que para hacerlo no abrieron "el maletín amarillo" que uno de ellos llevaba en la mano y del cual no se desprendió en ningún momento;

i) Ocho días después de iniciada la investigación fueron hallados, a pocos metros (5) del sitio en donde chocó con el muro de la carretera la camioneta perteneciente a Galvis Ordóñez, dos billetes de a peso, uno de los cuales presentaba en sus bordes signos como de quemaduras o manchas con ácido. Este billete fue reconocido por la señora Teresa Sarmiento de Chacón, contadora de la entidad perjudicada con el delito, como uno de uno de los que ella había guardado la víspera del robo en la caja violada, aunque el Director de aquella Agencia, señor Miguel A. Sarmiento, en la denuncia, no mencionó billetes de ese valor entre los que componían el total sustraído;

j) Afirmó Luis E. Galvis Ordóñez en su indagatoria del 11 de febrero —que quedó sin su firma y que no pudo continuarse porque el sindicado se fugó en las horas de la mañana del 14 de ese mes, hallándose incomunicado— que él no viajaba en la camioneta de su propiedad el día del accidente ya referido. Pero aparte de que esta circunstancia fue posteriormente reconocida por él mismo (cuya captura se logró avanzado ya el proceso penal, durante el interrogatorio formulado por el juez del conocimiento en la diligencia de audiencia), con el testimonio de Gerardo Galvis Mendieta, hermano de la esposa de Luis Enrique Galvis Ordóñez, confirmado por otros, se supo, además, que Galvis Ordóñez había llegado en la mañana del 21 de enero a Oiba en donde se hallaba Gerardo a exigirle apresuradamente que fuera a "desvarar" la camioneta; y unos días después, cuando Galvis Ordóñez se encontraba en Cúcuta, dispuesto a escaparse a Venezuela, le envió con Gerardo a su esposa (Marina Galvis Mendieta de Galvis Ordóñez) la suma de $ 2.000.00, de la cual decomisaron los agentes de la seguridad una parte ($ 1.625.00);

k) La primera captura de Galvis Ordóñez ocu-

rrió, como ya se dijo, en momentos en que se disponía a viajar a Venezuela con pasaporte falso, dándole como razón al encargado de elaborar los documentos de inmigración, el hallarse "metido en un lío", que aclaró manifestando que se refería "a una muchacha". No se sabe a dónde se trasladó Galvis Ordóñez al fugarse el 12 de febrero, pero se supone que de Venezuela regresaba cuando fue nuevamente capturado en la ciudad de Cúcuta;

l) En atención a esas demostraciones, el Tribunal de San Gil consideró a Luis E. Galvis Ordóñez como cómplice necesario del delito y le impuso las penas pertinentes —que dedujo del artículo 404, ordinal 3º, del Código Penal, no en su mínimo (6 años de acuerdo con el Decreto número 2184 de 1951)— dada la conducta antisocial del procesado, conocido también con los nombres de "Pedro Ordóñez" y "Saúl García" y quien "se hallaba registrado en los gabinetes de Bucaramanga, Bogotá, Barranquilla, Cúcuta, Girardot y Neiva por actividades delictuosas y como maleante, habiendo sido multado y condenado a sufrir arresto por vender objetos de mala procedencia.

Causal segunda

Empieza el demandante por atacar parte de la prueba relativa a la perpetración del delito. Según el informe del Servicio de Inteligencia Colombiano —dice él— no era posible abrir los candados que aseguraban la puerta principal sino con llaves fabricadas sobre los originales, es decir, como lo expone el autor de la demanda, con "llaves duplicadas". Y de este hecho se sirve en dos sentidos: primero, para restarle fuerza a la responsabilidad de Galvis Ordóñez, puesto que si los originales de las llaves no pudieron ser obtenidos sino por medio de Galvis Mendieta, quien a su vez se los debió facilitar a su cuñado para que hiciera fabricar los duplicados, absuelto aquél no procede condenar a éste. Y así —afirma el demandante— "resulta equivocado e injusto que se le atribuya a Luis Enrique Galvis Ordóñez el uso de duplicados, cuando no está establecido quién hizo esos duplicados y quién suministró, ni mucho menos quién o quiénes facilitaron los originales, siendo cierto que éstos únicamente los poseía el Director y su Secretario, según confesión (sic) de los mismos"; y segundo, para fundamentar la causal primera en cuanto a la pena impuesta y deducida del ordinal 3º del artículo 404 del C. P., porque es "aventurado e ilegal hablar de llaves falsas, cuando no hay la prueba de tales duplicados... Entonces no concurre la tercera... de las circunstancias a que se refiere el artículo 404 del C. P....".

El blanco, si así fuese permitido llamársele, de la impugnación a la sentencia es aquella parte en que el Tribunal, usando su propio criterio y un raciocinio que en verdad no es claro y que aún podría calificarse de poco afortunado, da por cierto que el vehículo que vieron los jiferos y al cual se refiere y describe Petronila Castro de Fonseca, es el mismo que se utilizó como elemento de locomoción para cometer el delito, o sea, el que apareció "estrellado" en la carretera.

En este punto se detiene el demandante y lo aborda con discursos que impresionan por su vivacidad y construcción. Parte él, para sus inferencias, del detalle suministrado por la declarante Petronila Castro sobre las especificaciones del vehículo y de allí saca sus conclusiones, de conformidad con las cuales una camioneta "destapada" de las que se conocen con el distintivo de pick-up, en la que los tres sospechosos introdujeron los paquetes o "bojotes", no puede convertirse a la sombra de la noche en una camioneta cerrada, tipo pannel, que fue la accidentada y que pertenece a Luis Enrique Galvis Ordóñez.

Luego de distraer la atención del lector haciendo una composición de lugar sirviéndose de los relatos de los matarifes y de los de Luis Chacón y Villalba, concluye aseverando que la camioneta de Galvis Ordóñez no pudo de ninguna manera ser la que ellos vieron, tanto por el color del vehículo —no bien determinado por los declarantes— como por el recorrido de los otros carros. Sobre este particular, expone:

"Principian por confesar los peseros que el vehículo que lo alcanzó iba "muy volado". Término que significa excesiva velocidad. Si iba "muy volado", y ya se vio que por circunstancias de tráfico, tenía que retardar la marcha, los peseros, por esa excesiva velocidad que apuntan, no podían darse cuenta de la clase de vehículo, tanto que ellos mismos no pueden precisar a qué tipo especial correspondía la camioneta que los alcanzó. Simplemente hablan de una camioneta. Pero de que hablen de una camioneta, sin especificarla, se puede concluir, sin temor a equivocación, que esa sea precisamente la que después se halló estrellada? Parece que no, porque para hacerlo sería menester que estuviese probado que

la única camioneta existente en el país, era la que se halló estrellada, y la única que podía andar por aquellas carreteras. Produciéndose, en ese caso, un indicio por exclusión. No debe olvidarse que los peseros hablan simplemente de una camioneta.

"Dicen que había oscuridad y que por eso, la camioneta la vieron negra. Entonces tenemos un dato que los peseros suministran sobre la especificación de la camioneta: era negra. Negra era la camioneta que los pasó. Debemos creerles sobre la clasificación del color, porque no se puede apelar a otro elemento de información para darle color distinto a esa camioneta. Si era negra, no se puede concluir que la camioneta que los pasó, sea la misma que luégo se halló estrellada, porque ésta era azul, y entre lo que es negro y lo que es azul, hay una gran diferencia. El H. Tribunal al convertir lo negro en azul, modifica físicamente los hechos, y altera como consecuencia de esa modificación, la realidad de los mismos, dándoles un valor probatorio que no tienen. Por otra parte, si siguió con tan sagrada devoción la declaración de los peseros y les reconoció un valor incuestionable, ha debido aceptar que se trataba de una camioneta negra, conforme ellos dicen, y no de una azul como lo afirma el H. Tribunal, porque para hacer esta afirmación, se hubiese requerido la prueba que los pasajeros de la camioneta en San Gil, después de pasar a los peseros, la pintaron de azul. Mientras tanto la camioneta sigue siendo negra".

Más adelante, aludiendo al párrafo ya transcrito en el punto g) de esta providencia y valiéndose de un recursivo juego de palabras, arguye:

"El H. Tribunal al aceptar en la sentencia que la camioneta pannel hallada estrellada adelante de San Gil, que resultó ser de propiedad de Luis Enrique Galvis Ordóñez, da un hecho cierto. El H. Tribunal al aceptar que la camioneta que pasó a los peseros es la misma que luego se encontró estrellada, hace una equivocada apreciación de los hechos, y les reconoce un valor probatorio que no tienen. El H. Tribunal al aceptar que la camioneta pannel que se encontró estrellada, es el automóvil a que se refiere Luis Chacón en su testimonio, modifica un hecho físico, pues automóvil y camioneta pannel son dos vehículos perfectamente distintos, y le da al hecho un valor probatorio que no tiene. En cambio, le quita al (sic) un valor que sí tiene, cual es de que si los ladrones huyeron en un automóvil, la camioneta pannel estrellada y su dueño nada tienen que ver con el robo. El H. Tribunal al no tener en cuenta el hecho de que los ladrones subieron a un pick-up y emprendieron la marcha hacia San Gil, le quita el valor probatorio que este hecho tiene, o sea, de que en un pick-up huyeron los ladrones, y no en la camioneta pannel, como se ha querido decir. El H. Tribunal al concluir que la camioneta pannel encontrada estrellada, viajó esa madrugada de Charalá a San Gil, afirma un hecho que no tiene respaldo en el proceso y que no está demostrado. En cambio, está probado todo lo contrario, porque en aquella madrugada, según el mismo H. Tribunal, en aquella carretera no viajaron sino los siguientes vehículos: El pick-up de que habla Petronila Castro; el vehículo de don Luis Chacón, que andaba de San Gil para Charalá; la chiva o camioneta en que viajaban los peseros de El Valle a Bucaramanga, manejada por "Jeta de mono" y, por último, un automóvil. Este automóvil, resultó ser para el H. Tribunal, la camioneta que pasó a los peseros, y al mismo tiempo la pannel estrellada. No hubo otros vehículos. Según los testigos, que son los peseros, Villalba, Chacón y Petronila en parte alguna de aquel sector Charalá-San Gil, en aquella madrugada, no vieron la camioneta color azul marca 'Fargo', modelo 1953, tipo pannel, de propiedad de Luis Enrique Galvis Ordóñez. Si no transitó por la carretera Charalá-San Gil, el hecho de haberla encontrado nada significa probatoriamente, quedando en esta forma destruído el indicio que el H. Tribunal dedujo contra Luis Enrique Galvis Ordóñez. La destrucción de este indicio se debe a que el H. Tribunal interpretó y apreció erradamente los hechos, y en la sentencia les atribuyó un valor probatorio que no tiene, y no tomó en cuenta otros que sí están acreditados en el proceso...".

Examina en seguida el indicio relativo a la urgencia demostrada en la reparación de la camioneta por parte de sus incógnito ocupantes, lo mismo que el interés muy vivo que manifestaban en que se atendiera inmediatamente al lesionado, y expresa que nada de particular encuentra en que una persona que ha sido herida en un accidente de tránsito sea rápidamente trasladada a una clínica para su atención médica; y que, de otro lado, habría que evidenciar en primer término que los pasajeros del vehículo que sufrió el choque eran los autores del robo, para que entonces ese indicio tuviera alguna fuerza demostrativa.

Asimismo le resta valor al hecho de haber ha-

llado los investigadores dos billetes de a peso a cinco metros del sitio en donde estaba detenida la camioneta de Galvis Ordóñez, y agrega:

"Dice el H. Tribunal que el funcionario instructor se trasladó al sitio donde fue encontrada la camioneta pannel y como a cinco metros de dicho lugar encontró dos billetes de a peso, que presentaba uno en sus bordes signos de quemaduras o manchas de ácido, y el otro, una pinta grande al parecer de sangre. El primero de estos billetes fue reconocido por la señora Teresa Sarmiento de Chacón, como uno de los que se encontraba en la caja fuerte violentada por los asaltantes en las oficinas de la Caja Agraria de Charalá. Pero ya se vio cómo esta famosa cajera faltó a la verdad en materia grave, pues según testimonio del Gerente y de su Secretario, y la constancia del extracto, ese día en la caja fuerte se depositaron toda clase de billetes menos de a peso. Tan falsa será la apreciación hecha por la señora cajera, doña Teresa Sarmiento de Chacón, que el señor Juez Primero Superior de San Gil ordenó sacar copias, para averiguar el posible falso testimonio de esta distinguida señora. El H. Tribunal le reconoce al dicho y reconocimiento de la cajera un valor excepcional. Le hace al testimonio y a su indiscutible veracidad una defensa muy entusiasta, en términos tales que se duele que el señor Juez Superior hubiera ordenado investigar el posible falso testimonio, y remata la sentencia revocando la orden del señor Juez Superior...".

A propósito de este indicio se lee en la sentencia del Tribunal:

"Queda, por último, lo referente al indicio surgido por el hallazgo de los dos billetes de a peso de que dan cuenta el informe del folio 66 del cuaderno primero y la diligencia de reconocimiento de uno de tales billetes por parte de la señora Teresa Sarmiento de Chacón, visible a folios 66 v. y 67 del mismo cuaderno. El señor defensor pretendió haber desvanecido tal indicio, atribuyendo falso testimonio a la Cajera Sarmiento de Chacón, y el señor Juez aceptó la argumentación esgrimida por la defensa, hasta el punto de ordenar que se investigara el posible delito de falso testimonio en que pudo incurrir dicha señora. La defensa se funda en que el señor Director de la Caja Agraria de Charalá, al ser preguntado sobre la clase de moneda en que estuvieran representados los $ 50.505.29, existentes en la caja robada, dijo lo siguiente al folio 24 v.: "**Más o menos** recuerdo que se encontraban distribuídos así: Cincuenta mil trescientos ochenta pesos en billetes del Banco de la República, en billetes de quinientos, de cien, de cincuenta, de veinte, de cinco. Los de veinte era un paquete nuevo que ascendía a la suma de cinco mil pesos. Uno con cincuenta en billetes nacionales (de cincuenta centavos), ciento veintiuno con diez en monedas de plata de veinte, de diez centavos, moneda actual común y corriente y dos con cincuenta y nueve en monedas de cobre y níquel". (Subrayó la Sala).

"Lo primero que ocurre observar es la circunstancia de que el Gerente o Director no afirma con absoluta certeza que la distribución que él da del valor de los billetes allí existentes, fuera absolutamente exacta, sino que empieza por aclarar que habla de una manera aproximada, cuando inicia su respuesta diciendo: "Más o menos"; de otra parte es lógico y natural que sea la Cajera de una Institución, quien recibe y cuenta los billetes y los pasa por sus manos al menos dos veces al día —y no el Gerente— la persona que con mayor probabilidad de acierto pueda dar cuenta de las características o particularidades que ofrezcan determinadas monedas o billetes. Por eso es explicable que en la diligencia de reconocimiento haya dicho la señora Sarmiento de Chacón que recuerda muy bien que un billete de cincuenta pesos tenía una frase más o menos así: **'Nosotros sí no somos de Pénjamo'**, que en uno de diez o de veinte decía esto: **'¿Volverán las palomas a su nido?'** y que había billetes completamente carcomidos, otros partidos por la mitad y otros remendados con papel celofán; que había diez mil pesos en billetes nuevos, de los cuales cinco mil estaban en de a diez pesos y cinco mil en billetes de a veinte pesos, dato éste que coincide con el del Gerente y con el hecho de que el supuesto 'Evelio Chica' pagó en Bucaramanga, por su cuenta de la Clínica, con cuatro billetes nuevos de esta cantidad, concluyendo la Cajera por afirmar que el resto de los cincuenta mil pesos se hallaba representado en billetes de diferentes valores, entre los cuales había cinco billetes de a peso de emisión antigua que precisamente los estaban recogiendo, esto es, retirándolos de la circulación. Siendo esto así y asistiéndoles mayores razones a la Cajera para afirmar lo que ella afirma y para que se dé crédito a lo que ella jura, en vez de creerle al dicho del Gerente que empieza por un 'Más o menos', no existe razón alguna para desestimar a secas el dicho de la señora Sarmiento de Chacón y mu-

cho menos para que se abra en su contra una investigación por falso testimonio, cuando no está ni remotamente probado que ella hubiera jurado falso...".

Y, por último, termina la exposición de los cargos referentes a la causal segunda con este análisis respecto de la circunstancia de haber sido capturado Galvis Ordóñez cuando intentaba pasar a Venezuela:

"Para remar (sic) el estudio de la incriminación contra Luis Enrique Galvis Ordóñez, el H. Tribunal apunta como indicio de que el detectivismo puso preso en Cúcuta a Luis Enrique Galvis Ordóñez, cuando éste se proponía trasladarse a Venezuela. De que lo pusieran preso, no puede deducirse un indicio de imputabilidad, porque el detectivismo apenas cumplía una orden del Juez de Instrucción. Y del hecho de capturar preventivamente a un ciudadano, no se puede deducir un indicio de responsabilidad. Pero agregan que pretendía trasladarse a Venezuela, como tratando de sugerir que algo lo acosaba, que algo lo impresionaba, y que esa preocupación era la de sentirse responsable. Pero lo cierto es que de la misma fuente de donde pretenden sacar el indicio, se sabe que Galvis Ordóñez deseaba abandonar el país porque se hallaba metido en un lío, y este lío era de carácter sentimental, se trataba de una muchacha. De suerte que él no huía de otra cosa, sino de una cuestión personal y sentimental, que necesitaba resolver o aplazar. No puede de ello desprenderse una autoría en el robo de Charalá".

Causal tercera.—Desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder.

El autor de la demanda reconoce que "en realidad de verdad en el procedimiento especial de la Ley 48 de 1936 no se profiere un auto de proceder con los requisitos y exigencias que pide el artículo 429 del C. de P. P.", pero apoyándose en que la jurisprudencia ha considerado que el que se dicta en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 13 de la citada Ley, por medio del cual se confirma el de detención y se abre a prueba el proceso, tiene el carácter de un auto de proceder, invoca la causal tercera en su primer motivo; el cargo lo formula así:

"A través de toda la sentencia el H. Tribunal siempre que se refiere a Luis Enrique Galvis Ordóñez es para decir que Galvis le prestó a los autores materiales del robo un auxilio consistente en transportarlos en su camioneta después del robo. Así lo expresa el H. Tribunal en varios pasajes de su sentencia.

"Cuando se refiere el H. Tribunal a que el automóvil que se encontró Luis Chacón, era la camioneta pannel, dice lo siguiente: 'y el automóvil era nada menos que la camioneta azul oscuro 'toda cubierta' o 'cerrada', estilo pannel que venía de Charalá con los autores del robo'. Quiere el H. Tribunal expresar con este concepto, que Luis Enrique Galvis no participó en el robo sino que apenas transportó después a los autores. Nótese que el H. Tribunal no incluye a Luis Enrique entre los autores. Más adelante dice el H. Tribunal en su sentencia: 'la lógica más elemental lleva a concluir como cosa cierta que el nombrado Luis Enrique Ordóñez tomó parte en el asalto a la Caja Agraria de Charalá, bien porque hubiera participado directamente en el propio asalto o porque su actividad se hubiera limitado a conducir en su camioneta 'Fargo' a los autores materiales del robo, lo que automáticamente lo coloca en situación de cómplice necesario para el asalto, al tenor de lo previsto en el artículo 19 del C. Penal, con igual sanción a la correspondiente a los autores materiales'.

"Como puede notarse el H. Tribunal coloca a Luis Enrique Galvis Ordóñez en dos situaciones jurídicas distintas. En la una, lo pone participando directamente en el asalto. En la otra, LIMITA su actividad 'a conducir en su camioneta 'Fargo' a los autores materiales del robo'. Es evidente que en parte alguna de la sentencia, el H. Tribunal le haya achacado participación directa como autor en el asalto. Siempre ha dicho como dice ahora que su actividad se limitó a conducir en su camioneta a los autores del asalto. De suerte que no es autor. Pero si algo quedase en esta demostración, se debe pensar que la sentencia, por lo menos, plantea una situación dudosa. No sabe a ciencia cierta si es autor o cómplice. En este caso, el principio más elemental aconseja, tratándose de materia penal, que el juzgador en presencia de tal incertidumbre y a falta de concreción exacta en la sentencia, escoja la situación más favorable al sindicado. Entre la autoría y la complicidad, resulta más favorable la complicidad. Pero talvez no hay necesidad de apelar al principio elemental, porque el mismo H. Tribunal destaca la premisa por la cual le hace el cargo de cómplice, limitarse a conducir en su camioneta 'Fargo' a los autores materiales del robo. No queda, pues, la menor duda que la sen-

tencia recoge para condenar a Luis Enrique Galvis el cargo de cómplice, es decir, lo condena como cómplice. Otra cosa muy distinta que le imponga la pena de autor directo, pero esto sería motivo de otra causal.

"Pero el H. Tribunal después de afirmar que la actividad de Luis Enrique Galvis se limitó a conducir en su camioneta 'Fargo' a los autores materiales del robo, dice que automáticamente se colocó en la situación de cómplice necesario, al tenor de lo previsto en el artículo 19 del C. Penal. No necesito para demostrar que esta conclusión del H. Tribunal es equivocada, demorarme en sutilezas jurídicas acerca de la distinción que existe entre aquel que concurre al delito con acción y sin voluntad, con el que concurre con voluntad pero sin acción, y con el que concurre con voluntad y acción. Sólo he de atenerme a lo dicho por el principio positivo, pues la Casación no es otra cosa que la confrontación de la sentencia con la Ley. Basta la simple lectura del texto del artículo 19 del C. Penal para comprender cómo después de hacerle el cargo a Luis Galvis Ordóñez de que su actividad apenas se limitó a conducir en su camioneta a los autores del robo, no se le podía hacer la imputación de cómplice necesario. Para que exista la coautoría del artículo 19, es indispensable que esté demostrada una de estas dos cosas: o que el sindicado tomó parte en la ejecución del hecho, o que hubiera prestado al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales el delito no hubiera podido cometerse. No tomó parte en la ejecución del hecho, porque el mismo H. Tribunal acepta que su actividad se redujo a transportar en su camioneta a los autores del robo. Y no prestó un auxilio o cooperación sin los cuales el robo no hubiera podido cometerse, porque esa ayuda se exige que debe ser anterior al hecho, se pide que sea anticipada, precisamente, porque ha de ser tan eficaz en orden al cumplimiento del hecho, que sin ella el hecho no pueda realizarse. Es una cooperación anterior, y debe tener el carácter de necesaria. Pero el cargo es el de haber auxiliado posteriormente, conduciendo en su camioneta a los autores del robo. De suerte que en ninguna forma era posible colocarlo en el artículo 19, cuando ya se había dicho que el auxilio era posterior al robo.

"Entonces, Honorables Magistrados, resulta impropio condenarlo como cómplice, siendo que en el auto de proceder se le llamó como autor. Es evidente que se le aplicó una sanción de autor, pero esa sanción no está en consonancia ni con el cargo deducido en la parte motiva de la sentencia, ni mucho menos la sentencia está de acuerdo con el auto de proceder. Hay disonancia entre la sentencia y el auto de proceder, porque al paso que en éste se le llama autor, en aquélla se le tiene y condena como cómplice. Si la defensa hubiera pensado que en el auto de proceder, el cargo era de complicidad, la defensa del procesado se hubiera encaminado hacia ese tópico. Pero en el auto de proceder el cargo era de autor, y desvanecerlo fueron los pasos de la defensa".

Causal primera

No sobra repetir que esta causal ha sido alegada como consecuencia de la tercera, lo que en buena lógica significa que su resultado depende de la suerte que corra la invocada como principal. Y de ahí que el demandante se ocupe en insistir en que si a Galvis Ordóñez se le condenó como auxiliar del robo por haber prestado la camioneta para que los autores del delito transportaran el producto del mismo, este auxilio, que es posterior, indica que Galvis Ordóñez debía ser condenado de acuerdo con el artículo 20 del C. P.; pero que como tampoco está demostrado que esa ayuda se realizara en cumplimiento de promesas anteriores a la ejecución del delito, no cabría otra sanción distinta de la que le corresponde al simple encubridor.

También critica la sentencia en cuanto aplicó el artículo 404 del C. Penal, "pues el robo de que fueron autores otros, no se cometió en despoblado ni con armas, sus autores no fueron más de tres y no estaban organizados en cuadrilla permanente, ni se cometió con perforación o fractura de pared, techo, pavimento, puerta o ventana de un lugar habitado o de sus dependencias inmediatas, ni con escalamiento de muros, ni con llaves sustraídas, ni ganzúas ni cualquier otro instrumetno similar".

Y, finalmente, le formula al fallo el reparo de haber tenido en cuenta como circunstancia de mayor peligrosidad las informaciones sobre la conducta anterior del procesado Galvis Ordóñez no hallándose comprobada esa conducta delictuosa con las respectivas copias de las sentencias condenatorias. Concluye solicitando que se invalide la sentencia y se dicte en su lugar la que debe reemplazarla.

Réplica del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal rechaza los cargos que ha formulado el doctor Carlos Sotomonte, y como corolario de su Vista, no inferior en extensión al escrito del demandante, le solicita a la Sala que no case la sentencia del Tribunal Superior de San Gil.

Procurando conservar el orden de la réplica, pero resumiendo lo que no sea necesario transcribir textualmente, expondrá la Sala las razones del señor Procurador respecto de cada una de las críticas.

En cuanto al cargo primero manifiesta que en ninguna de las dos sentencias se dio aceptación definitiva y concluyente a la exposición de los detectives sobre el "uso de duplicados de llaves", puesto que dicho concepto no partía del estudio o examen técnico directo de los candados, ya que éstos desaparecieron, sino de meras observaciones empíricas que daban base a otras tantas suposiciones. De modo que la crítica por este aspecto carece de fundamento.

A propósito de las apreciaciones del Tribunal para colegir que el vehículo que sufrió el accidente es el mismo que utilizaron los autores del robo, dice:

"Pero esta lógica estimación del H. Tribunal no proviene de la simple interpretación de la declaración de la Castro de Fonseca, tomándola aisladamente (como sí lo hace el recurrente), sino del contexto y conjunto de todas las demás que al respecto figuran en la investigación y de su lógica concatenación y que no solamente son las de los citados sino la de otros testigos más, tales como Víctor Antonio Villalba.

"Además debe tenerse en cuenta que la testigo, mujer ignorante, empleó una palabra extranjera que habría oído decir, sin saber precisamente a qué clase de vehículos era aplicable pues, es de anotar, que los llamados 'pick-up' son de diferentes tipos o estilos y que éstos varían, aunque sea ligeramente, según la marca, el año y el destino mismo especial que se les pudiera asignar.

"Y no está por demás decir de una vez que los términos 'bus' (por autobús); 'chiva' (autobús para pasajeros exclusivamente, o mixto, es decir para pasajeros y carga; o camión techado con bancas o asientos para pasajeros y sitio para carga); 'berlina' (autobús pequeño o microbús); 'camioneta' (autobús pequeño o camión también pequeño abierto o cerrado), 'pick-up', etc., son términos que se usan indistintamente o sin fijeza pues cada persona tiene una diferente idea o concepción ordinaria del vehículo automotor a que corresponden".

A continuación anota que el recurrente, con el fin de combatir esas apreciaciones, discurre a su manera y toma los testimonios en forma aislada, al paso que el Tribunal los examina en su conjunto para sacar las conclusiones a que llega en su sentencia, impugnada con asertos que no tienen existencia real. Así, cuando el abogado de Galvis Ordóñez da por registrado el testimonio de Noé Chacón para contraponerlo a otros, el señor Procurador apunta que Luis Chacón no declaró en el proceso y que su dicho apenas aparece referido en las declaraciones de Petronila Castro de Fonseca y de Víctor Villalba.

Encuentra que la estimación del Tribunal en este aspecto probatorio es enteramente aceptable, y expresa:

"La concatenación de las diferentes declaraciones que obran en el proceso determinan claramente la trayectoria o recorrido de la camioneta que salió de Charalá a las tres y media de la mañana; pasó las inmediaciones de El Valle a las cuatro o cuatro y media y, a la hora del alba, se estrelló a las afueras de San Gil y en la carretera que de esta ciudad sigue para Bucaramanga.

"En cambio de las declaraciones de Luis Enrique Galvis Ordóñez, de su señora, de su cuñado Gerardo, y de las demás referentes al punto, no aparece clara la procedencia de la camioneta 'Fargo' para llegar a San Gil. Es decir, la trayectoria de Bucaramanga (donde estaba en servicio) a San Gil y la de la permanencia y salida de esta ciudad, si es que no fue a otro lugar, y el hecho de hallarse sin placas de circulación.

"El declarante Luis Durán no puede ser más terminante en su declaración e identifica plenamente la camioneta. 'Era la misma camioneta', 'encontramos otra vez la camioneta' y 'lo comentamos' dice en ella.

"Angel Miguel Salazar no hace sino ratificar su idea de ser la misma camioneta y la precisa agregando el detalle del color 'azul oscurita' que antes no había captado bien. Y al emplear el modismo campesino 'algo de cuenta' no quiso significar que antes no se hubiera dado cuenta sino que después se dio más cuenta de tal detalle.

"Si los testigos en general hubiesen dicho que la camioneta era gris, habana, combinada, blanca o verde, etc., la diferencia sería patente; pero

entre 'negra' y 'azul oscura', o simplemente azul, aún 'celeste' como dice un testigo que de seguro no sabe precisamente a qué grado de color corresponde ese tono, pero que en todo caso quiso decir que era de un azul pronunciado, no es una diferencia que anule la presunción de que dicha camioneta fuera la 'Fargo' que resultó ser de propiedad de Luis Enrique Galvis Ordóñez".

Conceptúa que tampoco le parece desacertado el razonamiento del Tribunal en aquel párrafo transcrito en otro lugar de este fallo y cuya lógica defiende con estas palabras:

"Es evidente que ese párrafo es clave de la sentencia del H. Tribunal y es el raciocinio o base cardinal de sus deducciones, que a la Procuraduría no le parecen descaminadas, ni infundadas, ni sutiles, etc., ya que allí el H. Tribunal lo que hace es aclarar lógicamente las confusiones a que podían conducir los términos empleados por los testigos, precisando su significado, ya que ellos hablan indistintamente (por lo que atrás se dejó explicado) de chiva, camioneta, carro, automóvil, cubiertos o cerrados.

"Ahora bien: la locución 'toda cubierta o cerrada' referente a la camioneta, no quiere decir que ésta estuviese cubierta por una carpa, sino que tenía una carrocería similar a la de un vehículo no convertible. De ahí que se usase la conjunción 'o' que es disyuntiva, y no la conjunción 'y' que es copulativa. Y se dijo 'toda' pues ciertos vehículos sólo tienen cubierto o cerrado el lugar donde va el conductor, es decir, la cabina".

Por su parte considera bien valorados los indicios conforme a los cuales se desprende que no existe la errada interpretación que de los hechos le atribuye a la sentencia el demandante, quien "hace hábiles juegos de palabras y de frases para confundir con ellas el examen del fallo, aplicando su propio juicio y parecer personal...".

Respecto del alcance que se le ha dado a la Ley 48 de 1936, recuerda que en los procesos seguidos conforme a los estatutos de prevención social, las facultades de valoración de las pruebas por parte del juzgador son más amplias que en los procesos ordinarios, concepto que viene acompañado de citas de providencias judiciales y de las respuestas a consultas hechas al departamento de justicia del Ministerio de Gobierno, en las cuales se manifiesta idéntico criterio. "De todo ello aparece —termina el señor Procurador— que esta causal segunda de casación no tiene fundamento y, por lo tanto, debe rechazarse".

Para refutar el cargo de que la sentencia no está de acuerdo con el auto de proceder, el señor Procurador transcribe varios apartes de la providencia del Juez Primero Superior de San Gil en la cual se ordenó la detención de Luis Enrique Galvis Ordóñez, y entre otros el siguiente, que dice así:

"En resumen: estos indicios relacionados entre sí, por su número, conexidad y gravedad confluyen (sic) a demostrar de manera cierta el hecho central, esto es que la camioneta 'Fargo', tipo pannel, de color azul oscuro y con motor T-306-154614, sirvió de medio de locomoción y fuga a los autores del robo a las oficinas de la Caja Agraria de Charalá, el veintiuno de enero del año en curso (1954) y que Luis Enrique Galvis dueño del vehículo y el único que la manejaba, según sus propias palabras, viajaba en ella el día y la hora de autos, resultando ser, en consecuencia, uno de los autores principales del daño causado" (los subrayados son de la Procuraduría).

Y hace esta aclaración: que cuando el Tribunal aludió a la complicidad de Galvis Ordóñez lo hizo en forma incidental y sólo con el fin de relievar el hecho de que autor y cómplice necesario conllevan (sic) "la misma sanción". De ahí concluye que la causal tercera tampoco tiene fundamento, puesto que si la sentencia condenó a Luis Enrique Galvis Ordóñez como autor del delito, y en la providencia que hace las veces de auto de proceder se le consideró como partícipe principal, no existe desacuerdo alguno entre las dos determinaciones judiciales.

Establecido como está que los candados no se abrieron con las llaves que conservaban el Gerente y el Secretario de la Agencia de Charalá, había lugar a aplicar el artículo 404 del C. P., en su ordinal 3º. Y por último, opina el señor Procurador que en los procesos seguidos de conformidad con la Ley 48 de 1936 los prontuarios policivos sirven para comprobar los antecedentes de depravación y libertinaje de que habla el numeral primero del artículo 37 del C. P., según el artículo 1º del Decreto-ley número 4137 de 16 de diciembre de 1948, que dice:

"A partir de la vigencia de este Decreto las personas que cometan delitos de hurto o robo serán juzgadas por los jueces competentes, siguiendo el procedimiento señalado en los artículos 13 y siguientes de la Ley 48 de 1936, aunque no exista contra ellos comprobación de antecedentes judiciales o policivos, pero las sanciones

serán las previstas en el Código Penal y las apelaciones y consultas se surtirán ante el inmediato superior".

No era, pues, en concepto del señor Procurador, necesario acompañar las copias de las sentencias condenatorias para computar la conducta antisocial del procesado (numeral 1º del artículo 37 del C. P.), lo que es muy distinto de haber incurrido en condenaciones judiciales o de policía, que es de lo que trata el numeral 2º de la citada disposición penal.

Se considera:

El estudio de una demanda de casación sólo impone considerar lo que en ella es fundamental, lo que se dirige a justificar los cargos, que deben formularse en forma concreta, presentando las razones que los sustentan y citando las disposiciones que se reputan violadas, lo que es deber del demandante. Por su parte, a la Sala le obliga el mismo orden en el examen e igual precisión al aceptarlos o rechazarlos, evitando toda redundancia, que no se aviene con la técnica de este recurso extraordinario. Y como ella cree haber observado estas reglas que, sin duda alguna, facilitan la decisión, prescindirá de hacer un nuevo recuento de los motivos que ha aducido el demandante, varios de los cuales ya están suficientemente refutados por el señor Procurador en el estudio comparativo que ha hecho de los apartes de la sentencia que se impugna y los argumentos que en su lugar ofrece el doctor Sotomonte para exhibir el error o los errores que anota.

Puede decirse que la demanda se circunscribe —casi en su totalidad— a objetar la apreciación del Tribunal en cuanto a la prueba que lo determinó a condenar a Luis Enrique Galvis Ordóñez.

Versando, pues, el debate sobre este aspecto procesal, es oportuno recordar que la Sala Penal de la Corte tiene acerca de este asunto doctrina que consuena con la nueva orientación en que está inspirada la Ley 94 de 1938, la que quiso darle a los jueces una mayor amplitud en el juzgamiento, en lo relacionado con los medios por los cuales llegan ellos a lo que se llama la certeza legal, esa dosis de convencimiento necesario para declarar responsable o inocente a un procesado. Así, en materia de testigos, la antigua legislación procedimental no admitía que un solo testimonio pudiera formar **plena prueba,** expresión ésta no definida hoy pero sí antes, cuando se explicaba que era aquella que la Ley establece como "suficiente para declarar la criminalidad, culpabilidad o inocencia de un procesado, o la existencia de cualquier otro hecho que haya sido materia de debate" (artículo 1655, Ley 147 de 1888). Y es indiscutible que un testigo, cuyo testimonio ofrezca motivo de credibilidad, por sus condiciones personales, por el modo como refiere lo que ha pasado por sus ojos o han percibido sus oídos, por el estado de ánimo en que se encontraba tanto al referir lo apreciado por él como antes al observarlo, puede garantizar más perfectamente la verdad de lo que expone, que dos o más, que aún de acuerdo sobre el mismo punto, carezcan de aquellas cualidades.

La noción del convencimiento es algo que no se puede graduar, ni está sometido a una determinada tarifa en cuanto a los medios persuasivos como se formó. Por eso los tratadistas se oponen a que se hable de pruebas plenas o semiplenas, división inoficiosa en sentir de Framarino ("Lógica de las pruebas en materia criminal", edición española, pág. 75).

Errar en la interpretación de los hechos, atribuírles un valor probatorio que no tienen o negarles el que sí tienen, son, en general, los motivos de la causal segunda. Y como estos errores afectarían el juzgamiento, que es labor de los jueces, para cumplir la cual tuvieron que apreciar los diversos elementos de juicio que obran en el proceso, es indispensable demostrar con mejores razones que la conclusión judicial es equivocada, bien porque son falsos los presupuestos que le sirvieron de base, o bien porque se les dio un entendimiento que en realidad no tenían. Y en casos de estimación de la prueba, ha dicho la Corte refiriéndose a esta causal, su función se limita a aquellos en que es protuberante el error, o sea, cuando el hecho de que se parte no se ha realizado, o el documento que se tuvo en cuenta para establecerlo contiene algo distinto de lo traducido o no existe, o el testimonio en que se apoya la condena resulta ineficaz por lo que expresa o niega en orden a probar la responsabilidad. Porque de otro modo, se repite, y si se tratara tan sólo de oponer a un criterio otro distinto, y además interesado, el Juez estaría siempre expuesto a ser corregido, si se atiende a que no todos razonan con la misma brillantez, con palabras de mucha sonoridad, expresando sus ideas con la misma elegancia gramatical o con igual claridad, ni pueden explicar sus tesis o los mo-

tivos de su convicción de igual manera. Y si el convencimiento debe ser razonado, ello no quiere decir que haya obligación de indicar de qué naturaleza deben ser las razones creadoras de esa certidumbre. Lo que interesa es que no se contraríen los principios filosóficos que presiden el discernimiento y que las consecuencias que se deduzcan de un determinado hecho o de un supuesto no rompan el sentido común o la lógica.

Aplicadas estas teorías al caso en estudio, se tiene que el Tribunal sí tuvo medios adecuados para llegar a la certeza de la responsabilidad de Luis Enrique Galvis Ordóñez.

Se inicia la demostración de que el mencionado Galvis Ordóñez participó en el robo en el que fue víctima la Caja de Crédito Agrario que funciona en Charalá, con la prueba bien establecida de ser él el dueño de la camioneta que apareció imposibilitada para continuar su veloz marcha en sitio inmediato al en que se cometió el delito. Esta circunstancia no tendría de por sí ninguna significación si estuviera aislada en el proceso. Pero ocurre que Galvis Ordóñez negó en un principio y con mucha tenacidad hallarse en ella cuando ocurrió el accidente, y aún comprometió a su señora (Marina Galvis Mendieta) a que declarara —como en efecto ésta lo hizo— que él había llegado ebrio a su casa de Bucaramanga a las doce de la noche del 20 de enero.

Un simple "no" —dicen los tratadistas— es una negación substancial; pero si la negativa implica la afirmación de un hecho positivo, como cuando opone la imposibilidad de haber realizado el acto, la negación será formal, y en esta hipótesis, no probada la circunstancia que constituiría la coartada, se hace más sospechosa la conducta del sindicado.

Si Luis Enrique Galvis Ordóñez sabía que se estaba investigando el delito cometido en Charalá y que a él se le interrogaba porque se le creía complicado, no tenía por qué negar —siendo inocente— una ocurrencia tan de poca monta como la de haberse hallado dentro de su propio vehículo cuando éste sufrió el accidente y menos tratar de establecer una coartada que con su misma afirmación posterior quedó inservible. Porque no pueden colocarse en igual plano el limitarse a negar aquello sobre lo cual el presunto infractor no ha dado ocasión a que se le impute, y el adoptar parecida actitud cuando ella —por otros aspectos— ha sido motivo de serias conjeturas. En el primer supuesto, de acuerdo con el principio de que la inocencia se presume, el sindicado no está en el deber de probar que no ha intervenido en el ilícito que se investiga; en el segundo, es forzoso explicar las circunstancias que lo comprometen, y si eso no se hace y, por el contrario, se intentan desfigurar, entonces el indicio en vez de desvanecerse se acentúa y marca con mayor firmeza su carácter de probatorio.

"Es lógico suponer —sostiene Framarino— que quien se encuentra bajo el peso de una acusación penal, proceda con más serenidad y atención, sobre todo en sus declaraciones judiciales, que un tercero extraño al juicio, y así, las contradicciones del acusado son menos fácilmente justificables que las del tercero; implicando mayor descrédito" (pág. 367, obra citada).

Luis E. Galvis Ordóñez conocía —es preciso recalcarlo— que su persona era objeto de pesquisas en relación con el robo en bienes de la Caja de Crédito Agrario, y, por esto mismo, estaba en el compromiso de aclarar por qué se encontraba su vehículo en la carretera, precisamente a la hora en que se había cometido el delito y en sitio próximo al lugar en que ocurrió. Pero lejos de dar una explicación que podría favorecerlo, si en realidad nada tenía que ver con el hecho, niega lo evidente y procura desviar las sospechas y, por último, intenta escapar a la justicia trasladándose a otro país con documentación apócrifa.

Otro indicio que figura en su contra es el de haberle enviado desde Cúcuta a su mujer una apreciable cantidad de dinero, cuando ya él creía tener segura la partida hacia Venezuela. Es claro que dos mil pesos es una cantidad de que puede disponer cualquier persona de oficio y negocios honorables y bien recompensados; y es claro también que proveer de dinero a la esposa es una de las obligaciones del marido. Pero por eso mismo, por ser ello algo natural y corriente, no hay por qué ocultarlo, ni acudir a procedimientos embozados para cumplir con tan elemental deber, si el dinero —también es claro— es de honesta procedencia. Mas si el traspaso se hace en forma maliciosa y secreta y coincide con una investigación en que precisamente se averigua un robo en esa clase de bienes, entonces el disimulo, bueno para evitar desconfianzas o recelos y substraerse a cualquier implicación, resulta comprometedor para el que usa el sistema, en este caso demasiado sospechoso, porque el dinero que le remitió Luis Enrique Galvis Ordóñez a su esposa por conducto de Gerardo Galvis Men-

ieta fue interceptado el 1º de febrero por los etectives, que lo descubrieron debajo de un co-ín del automóvil en que viajaba el intermedia-io, quien luego de dar versiones mentirosas so-re su destino y origen, terminó por informar que e había sido entregado por su cuñado.

No menos importante es el indicio de haberse allado unos billetes —reconocidos por la em-pleada contadora de la Caja de Crédito Agrario de Charalá como uno de los substraídos— a po-cos metros del sitio en donde estuvo estacionada la camioneta de Galvis Ordóñez, puesto que con él se confirma el dicho de Petronila Castro en cuanto afirmó haber visto colocar dentro de un vehículo paquetes o "bojotes".

Que hubiera confusión al detallar las caracte-rísticas del vehículo, es algo fácilmente explica-ble, tanto por tratarse de observaciones hechas durante la noche como porque no todos —salvo los realmente enterados y técnicos— pueden di-ferenciar una camioneta pannel de otra de dis-tinto tipo, y hasta es posible que a una que ten-ga aquellas especificaciones la designen con el nombre de automóvil o simplemente de "carro", que es un término genérico.

Pretender una uniformidad o exactitud de opi-niones en este particular y querer sacar de su discrepancia conclusiones adversas a lo que los testimonios por otros aspectos afirman, es tanto como concederle a las palabras más valor que a los hechos a que ellas se refieren.

Si en un delito en el que por su naturaleza de-bieron intervenir más de dos personas para con-sumarlo apenas una aparece penalmente compro-metida, no por ello podrá sostenerse que también ésta debe seguir la misma buena suerte de sus compañeros de acción. La pesquisa que no logró evitar que escapara ninguno de los infractores será deficiente; y la sentencia que tuvo que li-mitar su sanción al solo incriminado será incom-pleta porque no consiguió realizar la totalidad de la justicia, pero no ilegal.

Las pruebas son siempre imperfectas, sobre todo las que provienen del testimonio humano, y aún la certeza en materia criminal no es otra cosa que un cálculo de probabilidades, han dicho al-gunos expositores. Pero para que una sentencia, en cuyo favor actúa la presunción de legalidad, pueda ser invalidada por motivos semejantes a los alegados en este recurso, tiene que ser ma-nifiesta, es decir visible y muy notoria la equi-vocación respecto de los elementos de juicio que informaron el criterio del juzgador.

Desacuerdo entre el auto de proceder y la sentencia.

Si el Código establece como motivo de casa-ción el desacuerdo entre el auto de proceder y la sentencia, es porque el primero, actuación rec-tora del proceso como que constituye el cimiento del juicio penal, está sujeto a formalidades es-peciales en su contenido: narración sucinta, nom-bres y apodos de los procesados y su completa identificación personal; análisis de las pruebas, tanto las relativas al cuerpo del delito como las pertinentes a las imputaciones; calificación gené-rica del hecho que se imputa y resumen de las peticiones de las partes con expresión del fun-damento para rechazarlas o aceptarlas, requisi-tos que no se exigen para proferir un auto de detención.

Si ello es así, y no hay modo de negarlo, pre-ciso es convenir en que la causal tercera no pro-cede en los negocios adelantados mediante el procedimiento de la Ley 48 de 1936, en el que no existe auto de proceder; porque aún admitiendo —como lo ha expresado la Procuraduría en an-teriores oportunidades— "que el llamamiento a juicio y la detención sean equivalentes, el des-acuerdo entre la sentencia y el auto de proceder a que alude la causal tercera de casación se re-fiere primordialmente a la denominación gené-rica del delito que se le haya dado en la parte resolutiva del enjuiciamiento, y no a la especie y demás circunstancias modificadoras que en tal auto se hayan determinado. Ello, porque, al te-nor de la firme jurisprudencia de la Corte, lo in-modificable del auto de proceder es sólo la ca-lificación genérica del ilícito, por cuanto la es-pecífica está sujeta a rectificaciones ulteriores, de acuerdo con lo probado y alegado en el curso del debate".

Y en el presente caso, hay que decir que fuera de que el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal demostró que no se advertía el desacuer-do materia de la acusación, a Luis Enrique Gal-vis Ordóñez se le detuvo por robo, y este delito fue el reprimido en el fallo.

No prospera, por lo tanto, la causal tercera in-vocada.

Por "llaves falsas" entienden los penalistas que son todas aquellas que no se hayan destinado por

el dueño para abrir las cerraduras violentadas por el culpable, y aún han declarado que el empleo de la llave verdadera, en condiciones abusivas, constituye uso de llaves falsas. Sin ir más lejos, así lo considera el Código Penal Colombiano cuando dice: "...Si se cometiere (el robo) ...con llaves sustraídas o falsas...".

De modo que si la llave legítima, la propia, se reputa falsa y agrava el delito cuando es usada por persona extraña al genuino poseedor a quien se le sustrajo, con mayor razón debe considerarse "falsa" cuando se utilizó la auténtica para fabricar un duplicado. Que cómo llegó a poder del infractor el original, es cosa que, aún en el supuesto de no haber sido averiguado, no le destruye al hecho su carácter delictuoso, porque ese delito hace parte de los motivos de incriminación solamente.

Los candados que aseguraban la puerta del edificio en que funciona la Caja de Crédito Agrario de Charalá no fueron abiertos por quienes poseían las llaves verdaderas; éste es el hecho comprobado, imposible de destruir porque se ignore quiénes se apoderaron de las llaves para imitarlas y lograr el propósito. Consumado el delito, es obvio que no hay lugar a discriminaciones entre el que abrió la puerta valiéndose de tales medios y el copartícipe que penetró por ella, si uno y otro buscaban igual finalidad.

Tanto por las razones expresadas por el señ Procurador que conceptúa en este recurso, con porque aquí no se trata de calificar reincidenci para lo cual sí se "exigen requisitos estrictos, c origen positivo y de orden negativo, que sólo conocimiento íntegro de los fallos precedent pueden suministrar para deducir tal agravan extraordinario", resulta desechable el segund motivo de la causal primera invocada por el de mandante. Y como tampoco está justificado e anterior, según ya se vio, se impone declarar n probada dicha causal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala d Casación Penal— administrando justicia en nom bre de la República y por autoridad de la Ley de acuerdo con el señor Procurador Segundo De legado en lo Penal, NO CASA la sentencia re currida en la cual se condenó a Luis Enrique Gal vis Ordóñez a 10 años de presidio por el delit de robo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada

Monsalve—Ricardo Jordán Jiménez—Luis Zafra

Julio E. Argüello R., Secretario.

ABUSO DE CONFIANZA. — COLISION DE COMPETENCIAS

1.—El delito de abuso de confianza se caracteriza por la apropiación en provecho propio o de un tercero de una cosa mueble ajena, confiada por un título no traslaticio de dominio, lo cual implica que al vencimiento de la obligación debe restituírse a su dueño porque éste no tuvo la intención de transferir el derecho de propiedad. Carrara al referirse a esta infracción dice que es "la dolosa apropiación de una cosa ajena entregada por el dueño por un título no traslaticio de dominio o para un uso determinado", definición que concuerda con los elementos que estructuran el delito dentro del Código Penal Colombiano.

Si el delito de abuso de confianza se consuma por la apropiación, es obvio que la intención de quien lo comete debe traducirse en la realización de actos externos que demuestren el fin ilícito de la misma, pues mientras la intención permanezca en el plano de las ideas o en el ámbito moral de la persona, no puede hablarse con propiedad de una infracción de la ley penal; sólo cuando la idea se traduce en actos exteriores violatorios de las normas sustantivas del Código Penal, se puede afirmar que se está en presencia de un delito de abuso de confianza.

2. — Cuando la entrega o devolución de bienes no se hace en el lugar que determine la convención y en los términos de la misma, el delito de abuso de confianza para efectos de la jurisdicción y competencia se consuma en el lugar donde debían restituírse de acuerdo con la obligación contractual. Cuando esto no se cumple porque las cosas muebles ajenas fueron vendidas con posterioridad al contrato inicial, la actuación dolosa y la apropiación tienen plena confirmación. La venta de los bienes puede verificarse en lugar distinto al primitivo contrato, pero este hecho aunque si bien es verdad puede demostrar un principio de apropiación, ésta sólo se consuma en el sitio donde debían entregarse los bienes recibidos por título no traslaticio de dominio. En este mismo sentido se pronuncia Soler al hablar de la competencia de estos hechos, cuando dice: "el delito se consuma en el lugar donde la obligación debe ser cumplida y no en aquel en que las cosas fueron distraídas o apropiadas".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, noviembre veintiseis de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

Procede la Corte a resolver el incidente de colisión de competencias negativa, suscitada entre el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartago y el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira, en el proceso que por un delito de abuso de confianza se adelanta contra **Arturo Ospina.**

Hechos

En la ciudad de Cartago (Valle), cada mes tiene ocurrencia una feria de ganado, y en la correspondiente a mayo entre los ganaderos Julio César Alcázar y Arturo Ospina acordaron una negociación en virtud de la cual al primero entregó al segundo quince vacas paridas, "todas marcadas en la pierna derecha con el fierro quemador con que acostumbro distinguir mis animales, o sea J. A. entrelazadas —dice el denunciante—; las terneras todas herreteadas con la misma marca en el cachete derecho, de varios colores estos semovientes, en su mayor parte blancos, ganado que le dí para que en el lapso de un mes lo mejorara y lo trajese a la próxima feria para venderlo, ganado que se le puso un precio de cuatro mil doscientos pesos, no porque se tratase de una venta sino para fines de la liquidación en las utilidades que tuviera o pudiera producir el negocio", utilidades que debían

repartirse por partes iguales o sea un cincuenta por ciento para cada uno.

La finalidad del negocio era para que "Ospina mejorase los animales en un pasto que decía le sobraba en la propiedad del hermano y otro pasto que tenía que le quedaba sobrante de un ganado que había vendido en compañía del señor Alcides Idarraga. El tiempo limitado para mejorar esos animales, fue hasta la feria próxima pasada, fecha en que debía traerlo para la realización de ellos y saber qué dividendo arrojaba mayor al de los cuatro mil doscientos pesos para repartirlos". Pero el día convenido Ospina no se hizo presente en las ferias de Cartago y el ganado en su mayor parte había sido vendido al señor Alejandro Gómez, vecino de la ciudad de Pereira.

Colisión de competencias

Al calificar el mérito del sumario el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartago, observó no ser competente para conocer del negocio y en providencia de nueve de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco, después de analizar los hechos y pruebas allegadas al proceso, expresó:

"Lo visto anteriormente es suficiente para concluir que si en realidad se consumó el delito de abuso de confianza por parte del señor Arturo Ospina, él tuvo como lugar el mismo donde se realizó la venta del ganado y no otro; pues sólo en el acto de la venta, cuando se convino en el precio y en la cosa, fue cuando se mostró como verdadero dueño o propietario el señor Arturo Ospina M. de los semovientes. De tal suerte que si, como lo asevera el denunciante señor Alcázar, el ganado no le había sido entregado al señor Ospina a ningún título que le otorgara el dominio de él, fue en el acto de la venta en que se consumó la apropiación por parte del vendedor, o en otros términos, fue en ese momento cuando abusó de la confianza en él depositada por el señor Alcázar, mostrándose dueño absoluto, no reconociendo dominio ajeno de lo que en realidad de verdad no le pertenecía. No importa que el señor Ospina hubiese ofrecido el ganado en venta al señor Alejandro Gómez en la feria de esta ciudad, ello podrá significar que ya existía en su ánimo el propósito de hacerse dueño, no otra cosa distinta, pero el total desconocimiento de propiedad ajena vino a hacerse patente y real fue en el momento de la venta, que de acuerdo con las pruebas arriba citadas, s verificó en la ciudad de Pereira.

"En consecuencia, y como se dijo al principi son competentes para seguir conociendo del pre sente negocio, tanto por la naturaleza del hech su cuantía y lugar donde se realizó, los señore Jueces del Circuito —en la Rama Penal— de Municipio de Pereira. En virtud de lo dicho, e Juzgado se abstiene de entrar a resolver sobr la petición impetrada por el doctor **Ociel Saave dra Bayer,** para que sea resuelta por el Juez com petente, luego de remitírsele el negocio original lo que así se ordena.

"Es de advertir, que en caso de que el señor Juez Penal del Circuito de Pereira, a quien corresponda el conocimiento, estime que la competencia radica en este Juzgado, de una vez se le provoca la colisión negativa de competencia, para que sea determinada ésta por la Honorable Corte Suprema de Justicia".

El Juez Primero Penal del Circuito de Pereira, en atención a lo dispuesto por el Tribunal en providencia de catorce de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco, no aceptó el incidente y como razones expuso las siguientes:

"...Si la apropiación indebida se consumó por la venta de los semovientes, entonces se trata de apropiación continuada, mediante ventas en Cartago y Pereira, y que en este caso en forma de jurisdicción preventiva conoció el señor Juez del Circuito de Cartago. Primera razón.

"Que si se trata de que la apropiación se consumó en el momento de la entrega de los animales objeto de ella, dicha entrega se realizó en Cartago pues que Ospina se comprometió a situar los semovientes en el ferrocarril, cancelando aquí su obligación. Segunda razón para que sea el señor Juez de Cartago el competente.

"Que si lo que hubo fue una conexidad de delitos de abuso de confianza teniendo en cuenta que fueron varios los actos de apropiación, cometidos en Cartago y Pereira, de acuerdo con la regla del artículo 57 es el señor Juez de aquella ciudad el competente para conocer del sumario.

"Y que finalmente y en la imposibilidad de precisar el lugar de la consumación, para en estos casos la jurisprudencia enseña que la competencia o la jurisdicción radica en el lugar en donde la cosa indebidamente apropiada debía ser restituída a su legítimo dueño, en el caso **sub judice,** en Cartago.

"Las anteriores son las razones que este Juzgado debe acatar y exponer al señor Juez del

Circuito Penal Primero de Cartago, para rechazar sus argumentos, y consecuencialmente para negarse a conocer de este proceso".

Se considera:

El delito de abuso de confianza se caracteriza por la apropiación en provecho propio o de un tercero de una cosa mueble ajena, confiada por un título no traslaticio de dominio, lo cual implica que al vencimiento de la obligación debe restituirse a su dueño porque éste no tuvo la intención de transferir el derecho de propiedad. Carrara al referirse a esta infracción dice que es "la dolosa apropiación de una cosa ajena entregada por el dueño por un título no traslaticio de dominio o para un uso determinado", definición que concuerda con los elementos que estructuran el delito dentro del Código Penal Colombiano.

Si el delito de abuso de confianza se consuma por la apropiación, es obvio que la intención de quien lo comete debe traducirse en la realización de actos externos que demuestren el fin ilícito de la misma, pues mientras la intención permanezca en el plano de las ideas o en el ámbito moral de la persona, no puede hablarse con propiedad de una infracción de la ley penal; sólo cuando la idea se traduce en actos exteriores violatorios de las normas sustantivas del Código Penal, se puede afirmar que se está en presencia de un delito de abuso de confianza.

En la comisión de un delito de esta naturaleza —abuso de confianza— por la no entrega de cosas muebles ajenas (en este caso semovientes), la apropiación hace imposible el cumplimiento de la ley, destruye lógicamente la obligación contractual de entrega o restitución de los bienes confiados a una de las partes por un título no traslaticio de dominio.

Cuando la entrega o devolución de bienes no se hace en el lugar que determine la convención y en los términos de la misma, el delito de abuso de confianza para efectos de la jurisdicción y competencia se consuma en el lugar donde debían restituírse de acuerdo con la obligación contractual. Cuando esto no se cumple porque las cosas muebles ajenas fueron vendidas con posterioridad al contrato inicial, la intención dolosa y la apropiación tienen plena confirmación. La venta de los bienes puede verificarse en lugar distinto al primitivo contrato, pero este hecho aunque si bien es verdad puede demostrar un principio de apropiación, ésta sólo se consuma en el sitio donde debían entregarse los bienes recibidos por título no traslaticio de dominio. En este mismo sentido se pronuncia Soler al hablar de la competencia de estos hechos, cuando dice: "el delito se consuma en el lugar donde la obligación debe ser cumplida y no en aquel en que las cosas fueron distraídas o apropiadas".

Si la entrega de los semovientes se llevó a cabo en la ciudad de Cartago, y si la devolución de éstos debía cumplirse en esta misma ciudad, es claro que al no verificarse en el sitio y lugar convenidos, el delito de abuso de confianza tuvo plena realización en este lugar y no en Pereira; y, como por razón del lugar donde debe ventilarse el proceso es competente el Juez del territorio donde se cometió la infracción, la jurisdicción será del Juez Primero Penal del Circuito de Cartago.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DIRIME la colisión de competencias en el sentido de atribuir el conocimiento del presente negocio al Juez Primero Penal del Circuito de Cartago.

Dése cuenta de lo resuelto al Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira.

Cópiese y cúmplase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve—Ricardo Jordán Jiménez—Luis Zafra. Julio E. Argüello, Secretario.

RECURSO DE QUEJA. — LA CORTE SE ABSTIENE DE INVESTIGAR DENUNCIA CONTRA MAGISTRADO DE UN TRIBUNAL SUPERIOR, POR CUANTO EL HECHO DENUNCIADO NO SE OFRECE A SU CONOCIMIENTO COMO INFRACCION PENAL

1.—Al dictar sus providencias, los funcionarios públicos han de subordinarse a la moral más estricta y ceñir sus decisiones a la verdad procesal y a los preceptos legales que les corresponde aplicar en cada caso. Si a sabiendas ejecutan un acto propio de sus funciones en forma contraria a la ley, con expresa o manifiesta injusticia, por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros, incurren en prevaricato.

2.—Los yerros del intérprete en la aplicación de los textos legales no son punibles en sí mismos.

3.—"...el funcionario de instrucción ha de darles cumplimiento a los artículos 283, 284 y 293 del Código de Procedimiento Penal, en orden a dictar el auto cabeza del proceso y a iniciar la instructiva, "fundándose en el conocimiento que ha tenido de la infracción penal", como lo expresa la segunda de dichas normas, locución destinada a fijar el alcance de tan importante e imperativo deber. No son los hechos indiferentes los que no están obligados a investigar, ni a ellos se refiere tampoco lo prescrito en el artículo 10 ibidem para los funcionarios, empleados o jueces que "de cualquier manera TENGAN CONOCIMIENTO DE LA INFRACCION PENAL cuya investigación debe seguirse de oficio" o sin que sea competente para ello, y en el 11 ibidem para aquellos ante quienes "se presentare algún hecho QUE PUEDA CONSIDERARSE COMO DELITO perseguible de oficio", con ocasión de los procesos civiles o administrativos de que conocen.

"En otros términos, para que la investigación se abra por el Juez, preciso es que en la mente de éste, no en la del denunciante, el hecho sea infracción penal o como tal pueda reputarse.

"Es obvio, desde luego, que no se trata de aquel CONOCIMIENTO que es fruto de operaciones mentales, así sean ellas las más simples, porque, de lo contrario, se abrirían a la impunidad numerosos caminos, sino del que surge espontáneamente, sin dejar la menor duda, de la confrontación del hecho denunciado con las disposiciones legales dentro de las cuales se dice o podría decirse comprendido; de aquel acto propio de la inteligencia que se llama INTUITIVO cuando con él, al decir del filósofo Bertrand, "se quiere designar el conocimiento inmediato, sin intermediarios, por visión directa del espíritu", por contraposición al denominado DISCURSIVO con que "se quiere indicar el conocimiento indirecto y demostrado"; de aquella acción o efecto de CONOCER, en fin, en que este verbo se toma para significar lo mismo que "percibir el objeto como distinto de todo lo que no es él", según la acepción del Diccionario de la Lengua Española.

"Al abstenerse de investigar el hecho que no se ofrece a su conocimiento como INFRACCION PENAL, el funcionario no prejuzga, ni omite o rehusa el ejercicio de una función inherente a su investidura. No hay delito qué investigar, y por eso no investiga, de la misma manera que en los procesos ya iniciados, al aparecer la plena prueba de que el hecho no se considera en la ley con tal carácter, "procederá, aún de oficio, a dictar sentencia en que así lo declare y ordene cesar todo procedimiento contra el reo". En uno y otro caso la razón es la misma: inexistencia de la acción por no ser el hecho constitutivo de infracción penal. Sólo que esta circunstancia se hace unas veces apreciable al instaurarse la denuncia, y con mayor frecuencia en el curso de las investigaciones.

"Por este medio se amparan por igual los derechos individuales y el derecho social, que no es, en suma, sino la armoniosa or-

denación de aquéllos al beneficio de la comunidad. Precisamente a prevenir y conjurar el riesgo de las acusaciones temerarias se encamina lo preceptuado en el Capítulo I del Título IV del Código de las Penas, en el cual se reprimen las falsas imputaciones ante las autoridades, como delitos contra la administración de justicia". (G. J. número 2153, págs. 130 y 131).

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal.—Bogotá, seis de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

Extensa relación hace el señor Noel Arango R. en el anterior memorial para formularle al doctor Manuel Jesús Lucio los cargos de "prevaricato, afirmaciones inexactas en documento oficial, denegación de justicia y toda otra actividad delictuosa que, como consecuencia de los actos de él, pudieran desprenderse del estudio investigativo", en su carácter de Magistrado del Tribunal Superior de Cali.

Antecedentes

Dentro del juicio ejecutivo que Noel Arango R. adelanta contra Eulogio Echeverri V., en el Juzgado 3º Civil del Circuito de Cali, consideró este despacho que el ejecutado había dejado de ejercer las facultades previstas en el artículo 1017 del Código Judicial, y a petición del actor decretó el embargo de bienes secuestrados preventivamente, absteniéndose de embargar los denunciados como de propiedad del fiador de saneamiento. El auto que esto resolvió lleva fecha 31 de agosto de 1954 y dice en su parte resolutiva:

"1º—Decrétase nuevamente el embargo de todos los bienes que lo habían sido preventivamente en auto de fecha primero de abril del año en curso, y cuya clase, ubicación y linderos se encuentran especificados en las cuestionadas diligencias preventivas que obran en autos;

"2º — No hay lugar a ninguna comunicación para la efectividad de este embargo, en razón de no haberse dado cumplimiento al auto de fecha 14 de julio que decretaba el desembargo de los mismos bienes;

"3º—No se decreta el embargo de los bienes... de propiedad del fiador de saneamiento señor Antonio J. Mercado, por razones dadas en auto de esta misma fecha" (fl. 42).

La providencia de 31 de agosto a que alude la parte transcrita dice, en lo pertinente:

"b) Mas sin embargo no por ello el deudor ha perdido la oportunidad para alcanzar el desembargo aludido, sólo que el acreedor con la omisión anotada, ha recobrado el derecho que en principio tenía y había perdido con ocasión de la caución ofrecida; por consiguiente, no teniendo efectividad el desembargo de los bienes no hay derecho para perseguir los dados por el fiador de saneamiento; pero no se impone sino darle cumplimiento al auto sin que ello sea obstáculo para la no reposición..." (fl. 42).

Conoció el Tribunal de Cali, por apelación, de lo resuelto por el Juzgado, y en auto de 13 de noviembre de 1954 resolvió:

"A)—CONFIRMAR... los puntos 1º y 2º de la parte resolutiva de la providencia de treinta y uno (31) de agosto de 1954, originaria del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cali, a que se contrajo la apelación interpuesta por la parte ejecutada en este juicio, los cuales puntos quedan en todo su vigor;

"B)—REFORMAR... el punto 3º de la aludida providencia, en el sentido de declarar que es procedente el embargo del bien denunciado como de propiedad del fiador de saneamiento, al tenor del escrito de 19 de julio y, por tanto, se dispone:

"DECLARASE EL EMBARGO del bien raíz denunciado como de propiedad del señor Antonio J. Mercado, según denuncio contenido en el aludido escrito, a saber:

"Un lote de terreno....."

Pedida reposición del auto anterior, el Magistrado doctor Carlos Arturo Escobar, que venía conociendo, se declaró impedido en el negocio, y éste pasó a la mesa del doctor Manuel Jesús Lucio (el mismo Magistrado que en providencia de 31 de mayo de 1954 había confirmado el mandamiento ejecutivo), quien dijo en proveído de fecha 2 de enero de 1955, para revocar lo resuelto por el doctor Escobar:

"...De todas las razones expuestas por el apoderado del deudor en los memoriales respectivos, para sustentar su reclamo contra el auto apelado, se destacan como valederas las siguientes:

"Por regla general corresponde a los jueces impulsar los juicios por sí mismos según el artículo 348 del C. J., por lo que resulta innecesario que

el interesado solicite señalamiento de fecha para practicar la diligencia de avalúo y secuestro de que se trata.

"Pero el juez en este caso no hizo oficiosamente dicho señalamiento como lo prescribe el texto citado. Tenía entonces el ejecutado que pedir dicho señalamiento, como en efecto solicitó. Resulta así que no hubo renuencia de su parte que le haga sancionable según el artículo 1017 del C. J. que trata de aplicársele, ya que no podía por sí solo llevar a cabo la diligencia sin la indispensable intervención del Juzgado.

"Además, éste fijó fecha para practicar la diligencia. Sin embargo, el Juez no la practicó en el día señalado por el mismo, porque tenía el negocio a despacho para resolver otras peticiones. Por lo que se ve que si la diligencia no se pudo practicar en el tiempo que el Juez señaló, fue por el cúmulo de incidentes y recursos que se presentaron e impidieron su ejecución.

"En relación con estas argumentaciones, se encuentra el primer auto de 14 de julio de 1954, en que efectivamente el Juez señala el 27 del mismo mes, a la hora de las 3 de la tarde, para llevar a cabo la diligencia de avalúo y depósito de los bienes denunciados por el demandado para el pago de la obligación que se reclama...

"Este auto se notificó el 16 de julio expresado. Se ejecutorió sin reclamo oportuno del apoderado del demandante, que aunque se refiere a él en memorial de fecha 15 de septiembre del año dicho, lo hace únicamente para explicar que la diligencia ordenada no se llevó a cabo precisamente porque iba a practicarse fuera de término.

"Pero en realidad ella no se practicó por el cúmulo de solicitudes y recursos que el Juez tuvo que considerar y resolver con posterioridad hasta llegar a la que trata del nuevo embargo de los bienes preventivamente embargados y de las varias solicitudes del apoderado del demandante sobre embargo y secuestro de los bienes del fiador y acerca de otros puntos...

"Se trata, en efecto, de una diligencia para cuya práctica es necesaria la intervención del Juez que debe fijar previamente y aunque no se le exija por el deudor, la fecha para practicarla.

"En el presente caso, se fijó dicha fecha, contra la cual no reclamó el ejecutante. Pero no se llevó a cabo por imposibilidad física de que no puede ser responsable el deudor.

"Para fijar el justo sentido del artículo 366 del C. J. en estos casos —dice la jurisprudencia— 'en que por fuerza principalmente de la incertidumbre en que los interesados quedan de la vigenc del término respectivo, cuando de la providenc que lo señala se pide reposición, incertidumbi combinada con la sustracción del expediente d la disposición de las partes, es imposible juríd camente contar desde la notificación del prim auto en caso que el juzgador lo sostenga, porqu en tal caso la imposibilidad física hace surgir l jurídica o legal'

"Ahora, dicha imposibilidad no es imputable como se ha dicho al deudor, sino que es obra d las circunstancias procesales en que se ha des arrollado el negocio, que han hecho imposible e cumplimiento de la diligencia de que se trata, a pesar de haberse señalado término para practicarla.

"Entonces lo que indicaba la equidad, y aun la justicia, era que antes de resolver sobre el desembargo de los bienes embargados preventivamente, y estando constituída la fianza de saneamiento, y señalado término para llevar a cabo el avalúo y depósito de los bienes denunciados por el deudor en oportunidad, se cumpliera la expresada diligencia con la oficiosa colaboración del Juez y con su necesaria intervención.

"Sólo en el caso de que tal diligencia no se pudiera practicar por renuencia comprobada del deudor, podía tener aplicación el artículo 1917 (sic) referido en la parte que establece sanciones para el ejecutado que descuida el cumplimiento de las obligaciones que dicho texto impone, siempre que de parte del Juzgado se pongan los medios que le corresponden para hacer viable el cumplimiento de dichas obligaciones con la intervención de dicho despacho.

"Estima, pues, la Sala que se ha festinado el auto que ordena el nuevo embargo de los bienes del ejecutado denunciados preventivamente, y que debe practicarse antes de que dicha providencia sea pertinente, la diligencia de avalúo y depósito de los bienes denunciados por el deudor, de que se ha venido hablando, y para lo cual se señaló fecha en oportunidad, que al presente hay que fijar nuevamente.

"A fin de que así se haga se habrá de revocar el auto recurrido del Tribunal, como también el del Juzgado cuya apelación trata el anterior.

"A mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en Sala Civil Unitaria, REVOCA la providencia de este mismo despacho de fecha 13 de noviembre pasado, y también el auto apelado que es de fecha 31 de agosto de 1954, por el cual se decreta nuevamente el

embargo de bienes que habían sido embargados preventivamente en este negocio, a fin de que se señale nueva fecha para llevar a cabo la diligencia de depósito y avalúo de los bienes denunciados por el deudor en este juicio al intimársele el mandamiento de pago de la cantidad que se cobra, y como está ordenado en auto de 14 de julio pasado, cuyo cumplimiento está pendiente..." (fl. 76).

LOS CARGOS

Aquella decisión del doctor Lucio dio motivo al recurso de queja de que se hace mérito, interpuesto para que se averigüe la responsabilidad que a dicho Magistrado pueda caberle por su actuación en el juicio mencionado. Manifiesta el señor Noel Arango:

"Al hablar el Magistrado Lucio del reclamo de las partes contra el emanado del Juzgado de origen dice: 'Contra esta providencia reclaman ambos apoderados: el del ejecutado para que se revoque y se señale nueva fecha y hora para la práctica de la diligencia de avalúo y depósito de los bienes denunciados por el deudor (fl. 74, copias anexas)'. Pero ello no es así. El señor Juez 3º en auto de fecha 7 de octubre de 1954, concedió al doctor Efraín Calero Mercado, como mandatario del ejecutado, el recurso subsidiario de apelación contra el auto de fecha 31 de agosto. Ultimamente, el mismo mandatario, en escrito de 8 de noviembre, por medio del cual plantea las razones del recurso y sintetiza su pedimento para que el Magistrado sustanciador se siga y se limite a él, dice: 'Por estas consideraciones que no dudo el señor Magistrado analizará con el cuidado y el juicio que acostumbra, solicito la revocatoria del auto que **decretó nuevamente el embargo de bienes de mi representado. Y estas mismas razones hacen que no pueda prosperar el reclamo de la parte demandante relacionada con el embargo de bienes del fiador de saneamiento'** (fl. 59 copias anexas). Esto hizo que el Magistrado Escobar Quintero, quien conoció inicialmente del recurso, al concretar el pedimento de los recurrentes manifestara: 'Se advierte que el auto de 31 de agosto de 1954, ha sido apelado por las dos partes en el juicio, así: por el apoderado del ejecutante en cuanto la providencia no decretó el embargo de los bienes denunciados como de propiedad del fiador de saneamiento (punto 3º de la resolución transcrita), **y en su totalidad, o sea integralmente,** POR LA PARTE EJECUTADA, al menos en lo que le perjudica, y en especial, por haberse decretado nuevamente el embargo de todos los bienes preventivamente sustraídos al comercio por medio de auto de primero (1º) de abril de 1954 (punto 1º de la resolución aludida) (fl. 60 copias anexas).

"La anterior síntesis del Magistrado Escobar Quintero se encuentra corroborada por el mismo apelante doctor Calero Mercado, cuando en su escrito de fecha 19 de noviembre, por medio del cual solicita reposición del auto del Tribunal que ratifica el embargo y lo amplía en los bienes del fiador negando la revocatoria pedida por la parte demandada, dice: 'Por estas razones, pido reposición de su ameritada providencia de 13 de los corrientes para que sea revocada por contrario imperio así como la del Juez 3º Civil de este Circuito, en cuanto decretó el nuevo embargo de bienes del ejecutado señor Eulogio Echeverri V., y confirmada esa providencia en cuanto negó el embargo de bienes del fiador de saneamiento' (fl. 68 copias anexas).

"Resalta, pues, con meridiana claridad, que el motivo de la apelación, lo mismo que el de la reposición de la cual había de conocer el Magistrado Lucio, objeto al cual debía ceñirse el Magistrado en su proveído y que lo limitaba en su decisión, era única y exclusivamente la revocatoria del auto de 31 de agosto. Vale decir, que sobre lo que el Tribunal debía producir fallo era, con exclusividad, la procedencia o no del embargo decretado nuevamente sobre los bienes del ejecutado (pedimento de su apoderado), y del de los bienes del fiador de saneamiento (solicitud del mandatario del ejecutante). Toda otra cuestión que entrara a decidir el juzgador, distinta de las dos anteriores, implicaba, de su parte, ampliar la esfera de su conocimiento ilegalmente, lesionando con ello el interés jurídico y procesal de una de las personas concurrentes a la litis, ya que, ocultos los argumentos e ignorada la tendencia u orientación decisoria, el equilibrio entre ellas desaparece para dar lugar al predominio procesal de una: de la que ha sido, sin razón inmediata legal, beneficiada por la arbitrariedad del Juez o Magistrado. Arbitrariedad que, cuando, en casos como el presente, está aunada a especiales circunstancias de procedimiento e individuales, conlleva la estructura que la hace incursa en las definiciones del C. Penal.

"Cuando el Magistrado Lucio hace la aseveración arriba transcrita, de que el apoderado del ejecutado apela para 'que se revoque y se señale nueva fecha y hora para la práctica de la diligencia de avalúo y depósito de los bienes denun-

ciados por el deudor', está mintiendo y no se puede decir que por error, puesto que los apartes reproducidos de los memoriales del apelante, a cuyo favor parece quiere decidir, demuestran lo contrario, es decir, que entró a resolver sin disculpa posible respecto de aquello que no fue ni era motivo de recurso. Porque si al fallarlo dice: 'A mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en Sala Civil Unitaria, REVOCA la providencia de este mismo despacho de fecha 13 de noviembre pasado, y también el auto de 31 de agosto de 1954, por el cual se decreta nuevamente el embargo de los bienes que habían sido embargados preventivamente en este negocio, a fin de que se señale nueva fecha para llevar a cabo la diligencia de depósito y avalúo de los bienes denunciados por el deudor en este juicio al intimársele el mandamiento de pago en la cantidad que se cobra, y como está ordenado en auto de 14 de julio pasado, cuyo cumplimiento está pendiente', está por sí mismo determinando el ámbito de su extralimitación resolutiva. En primer lugar, la providencia recurrida no hace, en parte alguna, referencia a las cuestiones que menciona el Magistrado en la última parte de su resolución, y él no podía ir más allá de lo que era causa del recurso interpuesto; en segundo lugar ninguno de los recurrentes habla de ello ni hace solicitud en tal sentido; en tercer lugar, ese punto había sido tratado por el Juez del conocimiento en la providencia de 14 de julio, advirtiendo que ya estaba vencido el término para el pedimento, y a este respecto, en las de 31 de agosto y 7 de octubre, que, debido al procedimiento, estaban en firme y eran ley del proceso, y, en cuarto lugar, porque ninguno de los recurrentes hizo mención, mal podían hacerlo por lo que se acaba de anotar, de esa circunstancia".

En síntesis, se tiene que el señor Juez 3º Civil del Circuito de Cali ordenó el secuestro y embargo de unos bienes; que adelantado el juicio correspondiente, el ejecutado dio la caución de saneamiento a que se refiere el artículo 1016 del Código Judicial, por lo cual se dispuso el levantamiento del secuestro de los primeramente embargados y mantenimiento fuera del comercio de los denunciados por aquél al intimarse el mandamiento de pago; que contra la respectiva providencia reclamó el apoderado del ejecutante para que el embargo y secuestro de los bienes que éste había denunciado subsistiera y para que, además, se embargara el inmueble presentado por el fiador de saneamiento a efecto de acreditar su solvencia, solicitudes fundadas en la circunstanc de no haber dado el deudor cumplimiento a prescrito en el artículo 1017 de la misma obra, e tiempo oportuno, y que el Juzgado resolvió favorablemente la primera y negativamente la segunda; que, en recurso de apelación, el Tribunal confirmó la decisión del Juzgado, concedien do también lo negado por este despacho; que habiéndose declarado impedido el Magistrado sustanciador, doctor Carlos Arturo Escobar, el expediente pasó a la mesa del doctor Manuel Jesú Lucio, donde se revocó lo anteriormente resuelto, "a fin de que se señale nueva fecha para llevar a cabo la diligencia de depósito y avalúo de los bienes denunciados por el deudor en este juicio al intimársele el mandamiento de pago de la cantidad que se cobra, como está ordenado en auto de 14 de julio pasado, cuyo cumplimiento está pendiente".

Consideraciones de la Sala

Bajo el rubro "**Síntesis de cargos**", el recurrente enumera los siguientes:

"A) Violación de las normas sustantivas que regulan y ordenan la interpretación de la ley (Cap. IV del C. C., artículos 25 ss.);

"B) Violación de la ley por aplicación arbitraria del artículo 1017 del C. J.;

"C) Violación de la ley por aplicación arbitraria del artículo 348 de la misma Obra;

"D) Violación flagrante del principio de **eventualidad**;

"E) Violación de las disposiciones legales por desconocimiento arbitrario del principio de contradicción o controversia;

"F) Violación de la ley por aplicación arbitraria del artículo 494 del C. J."

Las tres normas legales que, en opinión del señor Noel Arango, se habrían aplicado arbitrariamente, son de este tenor:

"**Artículo 348.**—Con excepción de los casos expresamente señalados en la ley, los jueces deben adelantar los juicios por sí mismos, y son responsables de cualquier demora que ocurra en ellos, si es ocasionada por omisión o culpa suya".

"**Artículo 494.**—La apelación se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante, y, por tanto, el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no es objeto del recurso, salvo que, a virtud de la reposición, sea pre-

iso hacer modificaciones a esta parte sobre puntos íntimamente relacionados con la otra".

"**Artículo 1017.**— Si el ejecutado, dentro del término que el Juez le señale, no hace practicar la diligencia de secuestro y avalúo, no presenta el certificado del Registrador de que habla el artículo 1008, si se trata de inmuebles, y no prueba que los bienes secuestrados son suficientes para el pago, el acreedor recobra el derecho de perseguir otros bienes de éste, y puede denunciar también en el mismo juicio los dados en caución y bienes del fiador de saneamiento".

Confrontadas estas tres disposiciones con la actuación de segunda instancia subsiguiente a la del Juzgado, no se observa la arbitrariedad denunciada. Es evidente que el proveído en cuya virtud subieron los autos al Tribunal fue recurrido por ambas partes, ejecutante y ejecutado, y que la materia **sub judice** contenía "puntos íntimamente relacionados" que interesaban por igual a una y a otra. Buen cuidado tuvo en anotarlo el Magistrado doctor Escobar, al decidir sobre la **apelación** interpuesta, en estos términos: "ADVERTENCIA PREVIA.—Se advierte que el auto de treinta y uno (31) de agosto de 1954, ha sido apelado por las dos partes en el juicio, así: Por el apoderado del ejecutante en cuanto la providencia no decretó el embargo de los bienes denunciados como de propiedad del fiador de saneamiento (punto 3º de la resolución transcrita), y en su totalidad, o sea integralmente, por la parte ejecutada, al menos en lo que le perjudica, y en especial, por haberse decretado nuevamente el embargo de todos los bienes preventivamente sustraídos al comercio por medio del auto de primero (1º) de abril de 1954 (punto 1º de la resolución aludida)".

El Magistrado, doctor Lucio, por su parte, al conocer de la **reposición** instaurada contra el auto dictado por el Magistrado doctor Escobar de que acaba de hablarse, decidió en la forma que se dejó anteriormente transcrita sosteniendo que, por regla general, es a los jueces a quienes corresponde impulsar por sí mismos los juicios, según el artículo 348 del C. J., por lo cual era innecesario que el ejecutado solicitara señalamiento de fecha para practicar la diligencia de avalúo y secuestro de los bienes por él denunciados; que el Juez no hizo, sin embargo, ese señalamiento oficiosamente, sino a petición del interesado, por lo cual menos aún puede hablarse de renuencia de éste que lo hiciera sancionable de acuerdo con el mandato del artículo 1017 del mismo Código, "ya que no podía por sí solo llevar a cabo la diligencia sin la indispensable intervención del Juzgado", y que 'si la diligencia no se pudo practicar en el tiempo que el Juez señaló, fue por el cúmulo de incidentes y recursos que se presentaron e impidieron su ejecución.... imposibilidad física, de que no puede ser responsable el deudor".

Con esos fundamentos, el Magistrado doctor Lucio **revocó** tanto la providencia dictada por el Tribunal como el auto de 31 de agosto de 1954 proferido por el Juzgado y dispuso se señalara nueva fecha para llevar a cabo el depósito y avalúo de los bienes denunciados por el deudor. Pero ni esa revocatoria ni esa disposición son suficientes a estructurar, por sí solas, infracciones penales relacionadas con la responsabilidad de los funcionarios públicos, así se supongan desacertadas, porque —como lo ha dicho la Sala— "no puede erigirse en delito el error de un juez en materia de puntos de derecho" y "sería una pretensión inadmisible que toda equivocación judicial de por sí constituyera un ilícito" (LXXVII, 184).

Al dictar sus providencias, los funcionarios públicos han de subordinarse a la moral más estricta y ceñir sus decisiones a la verdad procesal y a los preceptos legales que les corresponde aplicar en cada caso. Si a sabiendas ejecutan un acto propio de sus funciones en forma contraria a la ley, con expresa o manifiesta injusticia, por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros (para sólo aludir a la modalidad delictuosa que intenta, principalmente, configurar el denunciante), incurren en prevaricato. Con el propósito de colocar la actuación del doctor Manuel Jesús Lucio dentro de esta denominación jurídica, el señor Noel Arango afirma, en la diligencia de ratificación bajo juramento, lo que a continuación se transcribe:

"...Manifestó el compareciente que se ratifica en todos los términos que contiene la queja formulada ante la Honorable Corte Suprema de Justicia, por la actuación del Magistrado **Lucio** en un juicio ejecutivo que tiene instaurado en un **Juzgado** de este Circuito, cuyo número distintivo no recuerda, contra el señor **Eulogio Echeverri** V., al cual según consta en la queja, con documentos probatorios, unen muy de cerca lazos de amistad y familiares. Y sigue manifestando el compareciente: 'Que siendo el señor **Lucio** o el doctor **Lucio** suegro de un sobrino carnal del señor **Echeverri,** al llegar el negocio a sus manos,

no se hubiera sentido moralmente impedido para dictar el auto que dictó, perjudicando mis intereses, echando por tierra el auto del Magistrado colega doctor **Escobar Quintero** y favoreciendo así los intereses de su pariente político el señor **Echeverri.** El ejecutivo a que me refiero fue sorteado y correspondió al doctor **Escobar Quintero,** quien dictó auto confirmando el del Juzgado del Circuito Civil favorable a mis intereses; la contraparte apeló u objetó ese auto del doctor **Escobar Quintero** y le dio un poder al doctor **Joel Carrillo,** enemigo personal del doctor **Escobar Quintero,** quien al ver un memorial firmado por una persona con quien tiene enemistad se sintió impedido para actuar dando lugar a que el expediente pasara por orden alfabético como es costumbre a manos del doctor **Lucio,** quien ya se sabe cómo actuó. Esta es la historia completa, en ella me ratifico y en esta forma dejo concretados los cargos formulados contra el doctor **Manuel de Jesús Lucio** en el recurso de queja que interpuse ante la Corte Suprema de Justicia. Es todo".

A lo anterior debe observarse que el parentesco de afinidad a que hace alusión el señor Arango no se halla comprendido dentro de los límites que la ley establece; y que los que él llama "vínculos afectivos, ajenos a la reglamentación normativa" —existentes entre el doctor Lucio y el deudor demandado— sólo infundieron sospechas de parcialidad en el Magistrado cuando la decisión de éste resultó ser contraria a sus intereses en el juicio. Nótese que el funcionario ahora incriminado es el mismo que, por auto de 31 de mayo de 1954, confirmó el de 19 de abril de ese año en que el Juzgado 3º Civil del Circuito de Cali libró orden de pago por la vía ejecutiva en favor de su acusador de hoy "y en contra de la persona y bienes del señor Eulogio Echeverri V.", cuando ya existía el parentesco derivado del matrimonio que un sobrino del ejecutado había contraído con la señorita hija del doctor Lucio el 16 de octubre de 1948.

Dice el memorialista que han sido quebrantadas "las normas sustantivas que regulan y ordenan la interpretación de la ley (Cap. IV del C. C., artículos 25 ss.)", violado el "principio de eventualidad" y desconocido el "**de contradicción o controversia**". Pero no existe el delito de violación de principios, y ya se ha dicho que los yerros del intérprete en la aplicación de los textos legales no son punibles en sí mismos. "Si el interpretar erradamente una disposición de la ley implicara un acto delictuoso —ha expresado la Sala— tendría que admitirse también que se erigiría en infracción penal el tener un concepto diferente del que otros sustentan en cuanto al hecho de fijar el alcance y contenido de una norma legislativa" (LXV, 419; LXVI, 460; LXVI, 36, 109 y 257). "No comete delito alguno el Juez, al aplicar unas disposiciones que creyó aplicables al caso, pues con ello no hizo sino emplear su criterio en el proceso que estudiaba", dijo la misma Corporación en auto de 13 de junio de 1950 (LXVII, 498).

La misma disparidad de criterios entre el señor Juez 3º Civil del Circuito de Cali, el doctor Carlos Arturo Escobar y el doctor Manuel Jesús Lucio, al darles diversa aplicación a los artículos 348, 494 y 1017 del Código Judicial en el ejecutivo seguido por el señor Noel Arango contra el señor Eulogio Echeverri V., está demostrando que la sujeta materia era opinable y que, por serlo, no imponía el pronunciamiento de una determinada resolución en un determinado sentido. Queda así descartada la comisión de todo acto arbitrario o injusto por naturaleza, que pudiera hacer incurrir al doctor Lucio en abuso de autoridad, o que —por estar, además, acompañado de simpatía o animadversión hacia unos u otros interesados, de lo que no hay en los autos el menor indicio— hiciera gravitar sobre el Magistrado la infracción sancionada por el artículo 168 del Estatuto Punitivo.

Ni del escrito de acusación, ni de las copias a él acompañadas, resulta —en síntesis— la comisión, por parte del doctor Manuel Jesús Lucio, de delito alguno; y a la investigación que se ha solicitado contra él le son aplicables las consideraciones hechas por la Corte en auto de 21 de abril del año en curso. Dijo entonces la Sala:

"La denuncia, presentada personalmente por el signatario en la Secretaría de esta Sala, se ciñe formalmente a las condiciones previstas en el artículo 14 del Estatuto Procesal, y de ella le correspondería conocer privativamente a la Corporación al tenor de lo dispuesto en el artículo 42, ordinal 6º, del mismo.

"Ocurre, sin embargo, que el funcionario de instrucción ha de darles cumplimiento a los artículos 283, 284 y 793 del precitado Código, en orden a dictar el auto cabeza del proceso y a iniciar la instructiva, '**fundándose en el conocimiento que ha tenido de la infracción penal**', como lo expresa la segunda de dichas normas, locución destinada a fijar el alcance de tan importante e imperativo deber. No son los hechos indiferentes

os que está obligado a investigar, ni a ellos se efiere tampoco lo prescrito en el artículo 10 ibidem para los funcionarios, empleados o jueces ue 'de cualquier manera **tengan conocimiento de a infracción penal** cuya investigación deba seguirse de oficio', sin que sean competentes para llo, y en el 11 ibidem para aquellos ante quienes se presentare algún hecho **que pueda considerarse como delito** perseguible de oficio', con ocasión de los procesos civiles o administrativos de que conocen.

"En otros términos, para que la investigación se abra por el Juez, preciso es que en la mente de éste, no en la del denunciante, el hecho sea infracción penal o como tal pueda reputarse.

"Es obvio, desde luego, que no se trata de aquel **conocimiento** que es fruto de operaciones mentales, así sean ellas las más simples, porque, de lo contrario, se le abrirían a la impunidad numerosos caminos, sino del que surge espontáneamente, sin dejar la menor duda, de la confrontación del hecho denunciado con las disposiciones legales dentro de las cuales se dice o podría decirse comprendido; de aquel acto propio de la inteligencia que se llama **intuitivo** cuando con él, al decir del filósofo Bertrand, 'se quiere designar el conocimiento inmediato, sin intermediarios, por visión directa del espíritu', por contraposición al denominado DISCURSIVO con que 'se quiere indicar el conocimiento indirecto y demostrado'; de aquella acción o efecto de conocer, en fin, en que este verbo se toma para significar lo mismo que 'percibir el objeto como distinto de todo lo que no es él', según la acepción del Diccionario de la Lengua Española.

"Al abstenerse de investigar el hecho que no se ofrece a su conocimiento como **infracción penal,** el funcionario no prejuzga, ni omite o rehusa el ejercicio de una función inherente a su investidura. No hay delito qué investigar, y por eso no investiga, de la misma manera que en los procesos ya iniciados, al aparecer la plena prueba de que el hecho no se considera en la ley con tal carácter, 'procederá, aún de oficio, a dictar sentencia en que así lo declare y ordene cesar todo procedimiento contra el reo'. En uno y otro caso la razón es la misma: inexistencia de la acción por no ser el hecho constitutivo de infracción penal. Sólo que esta circunstancia se hace unas veces apreciable al instaurarse la denuncia, y con mayor frecuencia en el curso de las investigaciones.

"Por este medio se amparan por igual los derechos individuales y el derecho social, que no es, en suma, sino la armoniosa ordenación de aquéllos al beneficio de la comunidad. Precisamente a prevenir y conjurar el riesgo de las acusaciones temerarias se encamina lo preceptuado en el Capítulo I del Título IV del Código de las Penas, en el cual se reprimen las falsas imputaciones ante las autoridades, como delitos contra la administración de justicia".

Al discutirse el proyecto relacionado con la decisión que ha de tomarse en este proveído, el H. Magistrado doctor Jordán Jiménez puso en conocimiento de la Sala el parentesco que lo une al señor Eulogio Echeverri —contraparte del señor Noel Arango en el juicio ejecutivo dentro del cual se profirió la resolución que originó la denuncia contra el doctor Manuel de Jesús Lucio—; pero se consideró que no era el caso de darle carácter de impedimento a dicha manifestación, ya que los únicos interesados en las resultas del recurso de queja en estudio son el doctor Lucio y el señor Arango.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, SE ABSTIENE de investigar el hecho denunciado.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve—Ricardo Jordán Jiménez—Luis Zafra. Julio E. Argüello, Secretario.

RESTITUCION Y PRORROGA DE TERMINOS JUDICIALES

1.—Los términos legales o judiciales pueden restituírse a petición del interesado, y ésta no es procedente sino cuando se hallan extinguidos los plazos legales y no se hizo uso de ellos para ejercitar un derecho, toda vez que la restitución contempla el caso de un término vencido y su finalidad no es otra sino la de reponerlo, y, aun cuando en el C. de P. P. no hay disposición expresa sobre el particular, es aplicable al caso lo dispuesto por el artículo 372 del C. J. por mandato de la ley 94 de 1938, artículo 7º. Si bien es verdad que tanto la restitución de que habla el Código Judicial, como la prórroga de los mismos de que trata el Código de Procedimiento Penal, tienen una misma finalidad, el modo como estas modalidades operan en la tramitación de los procesos es distinta; en el primero, se trata de un término vencido para que se restituya; en el segundo, se está en presencia de un plazo no extinguido para que se prorrogue, de allí la importancia de formular debidamente la petición para que prospere, pero, en ambos casos el fundamento debe ser una causa legal y ésta debe probarse plenamente.

2.—Los términos judiciales no se restituyen por la simple petición que haga una de las partes que intervienen en el proceso penal; la restitución se halla condicionada a la comprobación de las causas que la justifiquen y entre ellas se encuentra el caso de la "enfermedad grave"; por esto es por lo que la ley determina expresamente que si hay hechos que probar el incidente se abre a prueba por el término de nueve días para que las partes puedan demostrar los hechos alegados, pero si vencido este término no se acreditaren por ningún medio las causas que justifican la restitución, el funcionario ante quien se solicita debe negarla por falta de demostración legal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, seis de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

El doctor Alfonso Uribe Noguera, apoderado de Alberto Bejarano Beltrán, en memorial de veintisiete de septiembre del presente año, solicita a la Corte: "Se decreta la restitución del término del traslado para formular la demanda de casación, interpuesta como recurso extraordinario contra la sentencia de segundo grado proferida por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá".

Funda su petición en el hecho de hallarse físicamente impedido "en virtud de enfermedad grave, para presentar la expresada demanda de casación dentro de los términos legales", y posteriormente expresa: "Presentaré pruebas dentro del correspondiente término probatorio".

La solicitud se tramitó como una articulación, de ella se corrió traslado al Agente del Ministerio Público y posteriormente se abrió a prueba por el término de nueve días, para que dentro de ese lapso el recurrente probara los hechos que sirven de fundamento a su petición.

Se considera:

Los términos legales o judiciales pueden restituírse a petición del interesado, y ésta no es procedente sino cuando se halla extinguidos los plazos legales y no se hizo uso de ellos para ejercitar un derecho, toda vez que la restitución contempla el caso de un término vencido y su finalidad no es otra sino la de reponerlo, y, aun cuando en el C. de P. P. no hay disposición expresa sobre el particular, es aplicable al caso lo dispuesto por el artículo 372 del C. J. por mandato de la ley 94 de 1938, artículo 7º. Si bien es verdad que tanto la restitución de que habla el código judicial, como la prórroga de los mismos de que trata el código de procedimiento penal, tienen una misma finalidad, el modo como estas modalidades operan en la tramitación de los procesos es distinta; en el primero, se trata de un término vencido para que se restituya; en el se-

gundo, se está en presencia de un plazo no extinguido para que se prorrogue, de allí la importancia de formular debidamente la petición para que prospere, pero, en ambos casos el fundamento debe ser una causa legal y ésta debe probarse plenamente.

Si se alega con fundamento de la petición una causa grave justificada, en este caso "enfermedad grave" como expresa el apoderado del recurrente, ésta debe demostrarse. "La enfermedad grave no puede ser otra —ha dicho la Corte— sino aquella que ha imposibilitado a quien pide la restitución para hacer uso del término que le fue concedido. Esa calificación, en principio y por regla general, entraña una cuestión científica que sólo pueden resolver los facultativos, porque ellos son los habilitados técnicamente para emitir un dictamen o concepto sobre el particular, lo cual no excluye que, en ciertas circunstancias pueda establecerse la gravedad de la enfermedad por otros medios. Pero en ambos casos, el hecho alegado, la enfermedad calificada de grave, debe acreditarse plenamente de modo que el juzgador adquira plena convicción del hecho".

Los términos judiciales no se restituyen por la simple petición que haga una de las partes que intervienen en el proceso penal; la restitución se halla condicionada a la comprobación de las causas que la justifiquen y entre ellas se encuentra el caso de la "enfermedad grave"; por esto es, por lo que, la ley determina expresamente que si hay hechos que probar el incidente se abre a prueba por el término de nueve días para que las partes puedan demostrar los hechos alegados, pero si vencido este término no se acreditaren por ningún medio las causas que justifican la restitución, el funcionario ante quien se solicita debe negarla por falta de demostración legal.

"Presentaré pruebas —dice el peticionario— dentro del correspondiente término probatorio", pero es lo cierto que en el lapso concedido para tal finalidad no se ejercitó ese derecho ni se allegó dato alguno para demostrar la "grave enfermedad" que se alega como fundamento de la petición, y así, si bien es verdad que existe un certificado médico tendiente a demostrar los hechos, también es evidente que dicho documento fue presentado cuando el doctor Alfonso Uribe Noguera no era apoderado del recurrente, y en estas condiciones, la Corte no puede considerarlo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO ACCEDE a la petición de restitución de términos solicitada por el doctor Alfonso Uribe Noguera.

Notifíquese y cúmplase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve—Ricardo Jordán Jiménez—Luis Zafra. Julio E. Argüello R., Secretario.

PREVARICATO

No hubo delito de prevaricato porque las providencias emanadas del Juzgado no fueron dictadas por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros, y a sabiendas de que la resolución era contraria a la ley o expresa o manifiestamente injusta, toda vez que estos requisitos que estructuran el delito no fueron probados en el curso de la investigación. La interpretación equivocada de la ley o el error que se cometa al deducir consecuencias contrarias a la misma, no son motivos con fuerza suficiente que sirvan para configurar ningún delito de esta naturaleza; la falta de criterio jurídico para desentrañar el espíritu de la ley y aplicarla a cada caso en particular, podrían revelar si, de parte del funcionario, incapacidad en el ejercicio de las funciones pero no abuso de las mismas, ni conducta indebida del Juez.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, diciembre seis de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

Por consulta se revisa la providencia de diez y nueve de febrero de mil novecientos cincuenta y cinco, por la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva sobresee definitivamente en favor del doctor **Martiniano González Díaz,** acusado por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad.

Hechos

En el Juzgado Promiscuo del Circuito de Gigante se adelantaba el juicio de sucesión del extinto Félix María Artunduaga, habiendo sido reconocidos como herederos del causante los menores Luis Arcano, Edgar Ricaute (sic), Fabiola y Débora Ramos, quienes con anterioridad por escritura número 277 de 17 de abril de 1945, otorgada en la Notaría del Circuito de Garzón, habían sido reconocidos como hijos naturales de Félix M. Artunduaga y Lucrecia Ramos.

Liquidados los impuestos, ellos no fueron cubiertos en su totalidad, por lo cual, el Recaudador de Hacienda Nacional con fundamento en lo dispuesto por el artículo 26 de la Ley 63 de 1936, pidió el secuestro de todos los bienes pertenecientes a la sucesión, expresando que "se ha dejado de atender el impuesto liquidado, el cual se encuentra en mora sin que se observe interés ninguno por parte de los que están encargados de dichos bienes, para cubrir el saldo que adeuda la sucesión, y con el agravante de impuesto sobre la renta que también está pendiente". El Juzgado declaró procedente la petición y nombró como secuestre de bienes a Marco A. Pastrana, quien no aceptó el cargo; y en reemplazo de éste fue nombrado Pablo Alvira; para garantizar el manejo de los bienes se fijó una caución de cinco mil pesos.

El apoderado de Lucrecia Ramos, doctor Eliecer Pinilla Rodríguez, pidió reposición del auto, pero el Juzgado no accedió a lo pedido, en cambio concedió el recurso de apelación. El Tribunal —al revisar la providencia— declaró nula la actuación del Juzgado por haberse omitido las formalidades propias del juicio.

Estos hechos dieron lugar para que el doctor Eliecer Pinilla Rodríguez denunciara al Juez del Circuito por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad.

Cumplidas las formalidades propias a la instancia, el Tribunal calificó el mérito del sumario mediante la providencia que hoy se revisa en grado de consulta.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, después de analizar los hechos y las pruebas allegadas al proceso descarta la responsabilidad de que se hubieran cometido los delitos, y concluye:

"Lo que aquí aconteció fue que ante tan y sucesivos yerros y desaciertos del Juez González Díaz, creyó fundadamente el denunciante doctor

Eliecer Pinilla Rodríguez que la situación del Juez debería ser investigada por la vía penal, para saber hasta dónde era maliciosa su inexplicable actuación; pero hecha la investigación correspondiente, no se encontró en el acusado otro motivo que el de desacierto en la interpretación del punto jurídico que tenía bajo su conocimiento, cuestión que, por sí sola, no es constitutiva de delito.

"Es, por tanto, legal, la providencia materia de la consulta, por medio de la cual se sobreseyó definitivamente en favor del doctor Martiniano González Díaz, por no ser constitutivos de delito los hechos aquí investigados y de que se le acusó en su carácter de Juez Promiscuo del Circuito de Gigante, cuya calidad quedó acreditada por los actos de nombramiento (f. 26), posesión (f. 19) y certificación de haber estado ejerciendo sus funciones por la época de los hechos procesales (f. 19 v.), y en consecuencia, debe confirmarse".

Se considera:

No hubo delito de prevaricato porque las providencias emanadas del Juzgado no fueron dictadas por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros, y a sabiendas de que la resolución era contraria a la ley o expresa o manifiestamente injusta, toda vez que estos requisitos que estructuran el delito no fueron probados en el curso de la investigación. La interpretación equivocada de la ley o el error que se cometa al deducir consecuencias contrarias a la misma, no son motivos con fuerza suficiente que sirvan para configurar ningún delito de esta naturaleza; la falta de criterio jurídico para desentrañar el espíritu de la ley y aplicarla a cada caso en particular, podrían revelar sí, de parte del funcionario, incapacidad en el ejercicio de las funciones pero no abuso de las mismas, ni conducta indebida del Juez.

Tan cierto es que el funcionario no tuvo intención de violar la ley, que al responder a la pregunta de "qué circunstancias han movido al funcionario que conoce de la sucesión para proferir determinadas diligencias" dice: que el Juzgado no señaló fecha para entrega de bienes "en previsión de que la providencia fuera recurrida, y en tal caso debía esperarse a lo resultado (sic) en caso de revisión, respetando siempre los derechos que estaba representando el doctor Eliecer Pinilla Rodríguez" apoderado de Lucrecia Ramos. Si el Juez acusado, a sabiendas hubiera querido violar la ley, nada más natural que llevar adelante la entrega de los bienes; no lo hizo así por el convencimiento que tenía de que la providencia podía ser recurrida y seguramente revocada como así sucedió; por esto es por lo que, ni señaló día para la entrega, ni posesionó al secuestre nombrado.

Hubo un proceder equivocado que en oportunidad debida fue criticado por el Tribunal —Sala Civil— cuando expresa que, "es inútil cualquier otro comentario para hacer ver que está errado el señor Juez al considerar que puedan tener fundamento sus providencias sobre secuestro de bienes de la sucesión del señor Artunduaga, en el hecho de que el señor Recaudador de Impuestos esté ejercitando una acción pública fundada en el precepto del artículo 630 del Código Civil" y que "con lo dicho queda demostrado que los artículos, tanto del Código Civil como del Código Judicial, citados por el señor Juez para considerarlos como fundamento de la petición de secuestro del señor Recaudador, son perfectamente improcedentes y por tanto de nada pueden servir en este juicio en relación con el secuestro que se ha pretendido llevar a efecto de todos los bienes de la sucesión". Pero, esta equivocación —se repite— cuando ella no revela la intención de violar la ley, no es constitutiva de delito.

No existe delito de abuso de autoridad porque no se cometió un acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad. Las providencias del Juzgado no tuvieron ninguna consecuencia práctica ni contra los herederos de la sucesión de Félix M. Artunduaga, ni sobre los bienes de la misma. Probablemente hubiera existido la posibilidad de estar frente a un delito de esta naturaleza, si el Juez acusado, para cumplir el ordenamiento de secuestro de bienes de la sucesión, hubiera llevado a la práctica la diligencia de entrega de los mismos, privando en esta forma, a la representante de los menores, Lucrecia Ramos, de la posesión y tenencia de los bienes sucesionales. Pero, como esto no ocurrió, no hay lugar —por este aspecto— a pensar que la actuación del doctor González Díaz fuera constitutiva de un delito de abuso de autoridad.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de

Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, CONFIRMA la providencia de diez y nueve de febrero de mil novecientos cincuenta y cinco, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — **Jesús Estrada Monsalve**—**Ricardo Jordán Jiménez**—**Luis Zafra.**

Julio E. Argüello, Secretario.

PRUEBA TESTIMONIAL

En esta disposición (artículo 235 del C. de P. P.), el legislador establece una presunción de legalidad sobre los hechos declarados y sobre los actos pasados ante el funcionario público y la autenticidad de los unos y de los otros no puede en ningún caso quedar sometida a la voluntad caprichosa del declarante, para negar posteriormente lo afirmado, ni al arbitrio del funcionario que lo recibe para modificarlo después, sino a lo que conste en dicho documento cuando él se expide o cuando la declaración se recibe; por esto es, por lo que, la ley para garantizar la fe pública debida a dichos documentos sanciona como delito de falsedad las alteraciones que en ellos se cometen o las aseveraciones falsas que en ellos se certifican, pero, cuando se alega la falsedad, ésta debe probarse.

Cuando en la declaración existe constancia de que ella fue tomada por el Juez o funcionario que la recibe; que el testigo fue previamente juramentado y que ella fue leída personalmente por el declarante o por el Secretario debidamente autorizado por aquél, ésta —la declaración— se presume auténtica por ser un documento público expedido con las formalidades legales, pues el delito de falsedad no se configura por la simple afirmación que posteriormente haga el testigo de que no se le recibió juramento, o de que el Juez no estuvo presente en su recepción, o de que en ella se hicieron constar hechos que no fueron relatados por el declarante, sino por la demostración plena de ser falsos los hechos que constan o se certifican en la declaración. De no ser así, la fe debida a los documentos públicos estaría sujeta a la voluntad de quien declara y no a la ley que garantiza la autenticidad de los mismos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diciembre seis de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira consulta la providencia de quince de abril del presente año, por la cual se sobresee definitivamente en favor del señor **Jesús María Patiño Herrera,** acusado por un delito de falsedad en documentos públicos.

Hechos

En memorial de treinta de junio de mil novecientos cincuenta y dos, Antonio Villegas E. formula denuncia en contra de Jesús María Patiño Herrera —en ese entonces Juez del Circuito— porque en la investigación adelantada contra el denunciante, el Juez acusado citó a su Despacho a varios ciudadanos honorables y les recibió declaraciones en las cuales se hizo constar que Villegas era un individuo "quien constantemente se encuentra en estado de embriaguez, dando así un escándalo entre las personas de bien de la localidad", que "era de malas costumbres y de malos vicios", declaraciones que fueron recibidas sin fórmula de juramento y firmadas sin haber sido leídas con anterioridad. Posteriormente —afirma el denunciante— "los testigos de cargo no juraron lo que aparece en sus declaraciones que constan en su Despacho y que el señor Juez o su Secretario, lo hicieron firmar lo que nada les constaba, falseando así la verdad y cometiendo el delito "de la falsedad en documentos" que castiga el Capítulo III, Título VI, Libro II del Código Penal, con penas de presidio, porque se hizo constar en declaraciones juramentadas lo que no dijeron los testigos, como lo comprobaré dentro del juicio".

Hechos falsos se afirman respecto de las declaraciones de Agustín González, Jesús Zapata Arango, Pedro Arango y Bernardo García, en las cuales afirma el primero que "Villegas es un señor lleno de vicios y malas costumbres" y que en una diligencia de embargo preventivo abusó del licor hasta perder el conocimiento; el segundo dice que, "Villegas se encuentra constantemente en estado de embriaguez, dando así un gran es-

cándalo entre las personas de la localidad"; el tercero expresa que no sabe ni le consta nada ni en bien ni en contra, declaración que posteriormente fue rectificada para afirmar que "es un individuo que constantemente está libando licor presentando en esta forma grande escándalo entre la ciudadanía de Belén de Umbría"; y el cuarto manifiesta que "la conducta de Villegas no es muy buena ya que como funcionario que es no es su deber estar ingiriendo licor a varias horas del día y en días hábiles de trabajo". Es decir, el señor Villegas es de malas costumbres dentro de la ciudadanía local ya que vive presentando un escándalo con sus constantes estados de embriaguez en que constantemente vive".

Los testigos fueron juramentados por el Juez, "previa la imposición de los artículos 147 del C. de P. P. y 191 del C. P., y en cuanto a las declaraciones, antes de ser firmadas fueron leídas por el Secretario del Juzgado debidamente autorizado por los declarantes, con excepción de las de Bernardo García donde existe la constancia de que "leyó su declaración, la encontró corriente, se ratifica en su dicho y para constancia firma con los funcionarios del Despacho".

Investigación

Al sumario se allegaron el Acuerdo de nombramiento y la correspondiente acta de posesión para acreditar la calidad que como funcionario de la Rama Jurisdiccional tenía en ese entonces el señor Jesús María Patiño Herrera.

Se recibieron declaraciones de los testigos, de quienes se dice que sus primitivos testimonios no fueron recibidos con las formalidades legales, y que el contenido de algunas exposiciones fue alterado. De estos testimonios se transcribe lo pertinente.

Agustín González Herrera, dice: "Antes de recibirme la ameritada declaración fue tomado el juramento de rigor por el señor Juez, que en ese entonces era el señor Jesús Patiño, quien también estuvo presente en dicho acto... Tengo para agregar en esta declaración que acaban de tomar en este Despacho, que me ratifico en todas sus partes en la declaración de que se ha venido hablando en el curso de la presente".

Pedro Arango, expresa: "Las declaraciones rendidas por mí y que se me ponen de presente (se le mostraron las pertinentes) las rendí en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, ante el oficial escribiente señor Jorge Soto sin la presencia del Juez respectivo, pese a que se encontraba en su oficina y por lo tanto a mí no se me recibió el juramento. En cuanto al contenido de las mismas, estoy de acuerdo con lo declarado".

Bernardo García, manifiesta: "No se me tomó el juramento de ley en declaraciones por parte del señor Juez, y en segundo lugar, tampoco estaba presente el señor Juez del Circuito, a quien conozco personalmente. La declaración que aparece firmada por mí ante el Juzgado del Circuito que dice 'el señor Villegas es de malas costumbres dentro de la ciudadanía local, ya que vive presentando un escándalo con su constante estado de embriaguez en que constantemente vive', esa parte no la dije yo en mi declaración, cosa que recuerdo perfectamente".

Patiño Herrera al ser interrogado sobre estos puntos, expresa: "Yo nunca falté a la oficina y siempre acostumbraba a recibirle la declaración a todos los testigos; al señor Arango le recibí el juramento, en mi presencia se interrogó, no recuerdo si la declaración la escribió el Secretario o el Oficial Mayor, pero en todo caso yo sí estaba presente", y al preguntársele sobre lo afirmado por García, de que no estuvo presente, que no le recibió juramento y que parte de la declaración no es auténtica, dice: "Estuve presente y se le recibió el juramento. No me explico en qué consistiría la contradicción del Sr. García, como probablemente se arrepintió o tuvo remordimiento por la primera que rindió y luego resolvió retractarse de ella". Luego agrega: "Las declaraciones sí fueron rendidas con los requisitos de la ley; no puedo decir si el contenido de ellas será cierto o legal, porque fácilmente el testigo puede haber faltado a la verdad, y en cuanto a la lectura de ellas fueron leídas por el empleado que las escribió". Afirmaciones que posteriormente son ratificadas en los respectivos careos.

Jorge L. Soto Restrepo, dice: "En todo caso el empleado que en aquella oficina escribía una declaración lo hacía en presencia del señor Juez, y una vez terminada dicha diligencia, el mismo empleado previa autorización del declarante, le leía en voz alta todo el contenido de su exposición... cuando se me encargaba de escribir el acta de alguna declaración en dicho Juzgado, lo primero que hacía era llevar el declarante al Despacho del señor Juez Patiño y pasaba a mi escritorio a encabezarla, yendo hasta él momentos después el señor Juez a presenciar tal declaración".

Se considera:

La ley en la recepción del testimonio establece ciertos requisitos de forma que deben ser cumplidos por el Juez o funcionario que lo recibe, como son —entre otros— la de que el testigo antes de rendir la declaración debe prestar juramento de decir solamente la verdad y toda la verdad acerca de los hechos sobre los cuales se le interroga, interrogatorio que debe hacerse personalmente por el funcionario o Juez de Instrucción que recibe el testimonio, circunstancias de las cuales debe dejarse constancia en la respectiva declaración. "Si el testigo no fuere interrogado por el mismo funcionario de instrucción o por el Juez y en la diligencia se afirmare que lo ha sido, el Juez o funcionario que debió recibir la declaración y el que realmente la recibiere, incurrirán, por este solo hecho, en el delito de falsedad de documento público" y la declaración —en este caso— no tendrá valor alguno, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 235 del Código de Procedimiento Penal.

En esta disposición, el legislador establece una presunción de legalidad sobre los hechos declarados y sobre los actos pasados ante el funcionario público y la autenticidad de los unos y de los otros no puede en ningún caso quedar sometida a la voluntad caprichosa del declarante, para negar posteriormente lo afirmado, ni al arbitrio del funcionario que lo recibe para modificarlo después, sino a lo que conste en dicho documento cuando él se expide o cuando la declaración se recibe; por esto es, por lo que, la ley para garantizar la fe pública debida a dichos documentos sanciona como delito de falsedad las alteraciones que en ellos se cometen o las aseveraciones falsas que en ellos se certifican, pero, cuando se alega la falsedad, ésta debe probarse.

Cuando en la declaración existe constancia de que ella fue tomada por el Juez o funcionario que la recibe; que el testigo fue previamente juramentado y que ella fue leída personalmente por el declarante o por el Secretario debidamente autorizado por aquél, ésta, la declaración, se presume auténtica por ser un documento público expedido con las formalidades legales, pues el delito de falsedad no se configura por la simple afirmación que posteriormente haga el testigo de que no se le recibió juramento, o de que el Juez no estuvo presente en su recepción, o de que en ella se hicieron constar hechos que no fueron relatados por el declarante, sino por la demostración plena de ser falsos los hechos que constan o se certifican en la declaración. De no ser así, la fe debida a los documentos públicos estaría sujeta a la voluntad de quien declara y no a la ley que garantiza la autenticidad de los mismos.

"Conviene además tener en cuenta —dice la Procuraduría— que la falsedad intelectual —que es precisamente la que el denunciante le imputa al doctor Patiño Herrera— requiere para su estructuración la plena comprobación de la intención dolosa, aún tratándose de documentos públicos, pues como lo anota la Corte, 'en estos eventos... la prueba de la falsedad no es tan evidente, desde luego que no consta como en los de falsedad material y por lo fácil que es incurrir en error por diversas circunstancias. Y como la mala fe no se presume, hay que acreditar que ha existido intención dañosa al estampar en un escrito palabras o frases que no sean las que han debido constar'.

"En el caso de autos no aparece el más remoto indicio de que el acusado hubiera siquiera pretendido alterar el texto de las declaraciones ameritadas en perjuicio del denunciante, a quien, según expresa en su indagatoria, lo vinculaba una estrecha amistad y elementales consideraciones de solidaridad y compañerismo, y esto basta para concluir que no cometió el delito que se le imputa"

Como en el caso sub judice no se probaron las afirmaciones del denunciante, no se puede decir que el Juez acusado cometió un delito de falsedad, bien porque este funcionario sostiene que las declaraciones se recibieron con las formalidades legales, ya también, porque así lo afirma en su declaración la persona que escribió los testimonios de personas que a última hora dicen no ser ciertas todas las aseveraciones que en ellos constan.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, CONFIRMA la providencia de quince de abril de mil novecientos cincuenta y cinco, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve—Ricardo Jordán Jiménez—Luis Zafra. Julio E. Argüello, Secretario.

INADMISIBILIDAD DE UN RECURSO DE CASACION

1.—Si bien es verdad que el artículo 559 del Código de Procedimiento Penal permite la casación cuando el monto de los perjuicios "sea o exceda de tres mil pesos", y en el presente negocio fue fijado en $ 8.000.00, sin embargo, tal norma, en esa parte, quedó suspendida por el Decreto Legislativo número 3547 de 1950, que elevó a diez mil pesos "las cuantías de que trata el artículo 519 del Código Judicial sobre procedencia del recurso extraordinario de casación contra las sentencias dictadas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial", con la única salvedad de que el Decreto es inaplicable a los juicios en curso y en los cuales se haya dictado fallo definitivo de segunda instancia.

2.—Los artículos 519 del Código Judicial y 559 del de Procedimiento Penal deben interpretarse armónicamente, no sólo porque ambos precisaron la misma cuantía ($ 3.000) como cantidad mínima para conceder el recurso de casación, sino porque, en virtud de mandato expreso de la última norma, todo lo relativo a la casación civil debe aplicarse al proceso penal cuando se trata de los perjuicios causados por el delito.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, seis de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra)

Vistos:

El señor defensor interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 5 de septiembre de este año, que condenó al procesado Carlos Matiz López a seis meses de prisión y accesorias consiguientes, como responsable del delito de lesiones personales causadas a Arcángel Correa.

Dicha entidad, en providencia de 17 de octubre del mismo año, negó el recurso extraordinario, por cuanto el delito de lesiones imputado a Matiz López tenía pena privativa de la libertad inferior a cinco años, y entonces no se cumplía el requisito final del artículo 557 de la Ley 94 de 1938.

El defensor pidió reposición, no ya por el aspecto de la cantidad de la pena máxima correspondiente al acusado, sino en lo tocante a la indemnización de perjuicios, cuya cuantía fue fijada en la demanda de constitución de parte civil en $ 8.000.00. Y esta suma autoriza el recurso, al tenor del artículo 559 del Código de Procedimiento Penal.

La reposición fue aceptada con base en esa razón y se concedió el recurso.

Para resolver, considera la Corte:

El delito por el cual fue enjuiciado y reprimido Carlos Matiz López tiene una sanción máxima de cuatro años de prisión, según el inciso 3º del artículo 372 del Código Penal. O sea que dicho máximo no da lugar a la casación, conforme al artículo 557 del estatuto procedimental.

Tampoco es admisible el recurso extraordinario, atendiendo a la cuantía de los perjuicios asignados a la infracción. Porque si bien es verdad que el artículo 559 del Código de Procedimiento Penal permite la casación cuando el monto de los perjuicios "sea o exceda de tres mil pesos", y en el presente negocio fue fijado en ocho mil pesos, sin embargo, tal norma, en esa parte quedó suspendida por el Decreto Legislativo número 3547 de 1950, que elevó a diez mil pesos "las cuantías de que trata el artículo 519 del Código Judicial sobre procedencia del recurso extraordinario de casación contra las sentencias dictadas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial", con la única salvedad de que el Decreto es inaplicable a los juicios en curso y en los cuales se haya dictado fallo definitivo de segunda instancia. (Artículo 1º).

Los artículos 519 del Código Judicial y 559 del de Procedimiento Penal deben interpretarse armónicamente, no sólo porque ambos precisaron la misma cuantía ($ 3.000.00) como cantidad mínima para conceder el recurso de casación, sino porque, en virtud de mandato expreso de la úl-

ima norma, todo lo relativo a la casación civil ebe aplicarse al proceso penal cuando se trata e los perjuicios causados por el delito.

Y como en el presente negocio, la demanda ci-il fijó en $ 8.000.00 la indemnización, síguese que el recurso extraordinario interpuesto por la defensa resulta improcedente.

Además, cuando se dictó la sentencia del Tribunal, ya estaba rigiendo el artículo 1º del Decreto Legislativo número 3547 de 1950, y por eso no concurre aquí la excepción allí consagrada.

Sobre el particular, ha expuesto la Corte:

"De conformidad con lo estatuído en el artículo 559 del estatuto procesal, para que la parte civil pueda interponer el recurso de casación en lo referente a la indemnización de perjuicios, el monto de éstos debe ser o exceder de tres mil pesos.

"Se observa, con todo, que el artículo 1º del Decreto 3547 de 1950, "por el cual se dictan algunas medidas encaminadas a hacer más rápida y eficaz la administración de justicia", elevó a la suma de diez mil pesos las cuantías de que trata el artícuo 519 del Código Judicial "sobre procedencia del recurso extraordinario de casación contra las sentencias dictadas en segunda instancia por los tribunales superiores de distrito judicial", con excepción de "los juicios que actualmente estén en curso y en los cuales se haya dictado sentencia de segunda instancia", modificación que afecta, en lo pertinente, lo dispuesto en el artículo 559 del Código de Procedimiento Penal, al tenor de los mandatos contenidos en el inciso 2º de esta misma disposición y en el 7º de la citada obra.

"Como la cuantía de la indemnización —que aquí se fijó según las constancias procesales y se aceptó por el respectivo apoderado— no alcanza a la suma de diez mil pesos, y como la sentencia de segunda instancia se profirió con fecha 10 de septiembre de 1953, es decir, años después de estar vigente el Decreto 3547, que se dictó el 29 de noviembre de 1950 y entró a regir desde su expedición, la parte civil constituída en el proceso quedó privada del recurso de casación". (Auto de 22 de febrero de 1955. GACETA número 2150, página 592).

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por el señor defensor de Carlos Matiz López contra la mencionada sentencia del Tribunal Superior de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso.

Domingo Sarasty M.—Jesús Estrada Monsalve. Ricardo Jordán Jiménez—Luis Zafra — Julio E. Argüello R., Secretario.



NULIDADES CONSTITUCIONALES. — CUANDO PUEDEN ADMITIRSE. — ANULAR NO ES LO MISMO QUE REVOCAR. — LAS CIRCUNSTANCIAS DE MENOR PELIGROSIDAD NO SON MODIFICADORAS DEL DELITO SINO DE LA PENA

1.—Aparte de las nulidades previstas en los artículos 198 y 199 del C. de P. P., de las cuales unas son absolutas y relativas otras, lo que quiere decir que para hacerlas valer es preciso cumplir los requisitos que los mismos artículos que las consagran le imponen a las partes, la jurisprudencia ha convenido en ampliar un poco la órbita limitada en la Ley con respecto a esta materia; y así han surgido en los debates de casación las llamadas "nulidades constitucionales", porque tienen su origen en una norma del estatuto fundamental que traza pautas insalvables para los juzgamientos, entre las cuales y como de carácter más radical y sustantivo figuran estas dos: ley anterior al delito y tribunal competente. Pero también ordena que se observen las "formas propias del juicio", que no pueden ser otras que las establecidas en las leyes procesales.

De manera que esta clase de nulidades, que miran a la garantía de los procesados y a que se cumplan las reglas que los presiden, son de índole excepcional y, como tales, únicamente pueden admitirse cuando la pretermisión se traduzca en un perjuicio cierto demostrable para los intereses de la justicia, como sería, por ejemplo, el haberse adelantado el proceso sin escuchar al sindicado o a quien debía representarlo.

En sentencia de 2 de agosto de 1948, dijo la Corte: "Lo que se ha tratado de salvar, al admitir que fuera de las nulidades indicadas en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, existen o pueden existir otras que provienen de la voluntad del supremo legislador, es la garantía de que debe estar rodeado el procesado en el juicio penal, para evitarle todo aquello que pueda quebrantarla o mermarla, y ser entonces la sanción que respecto de su hecho recaiga el resultado de una serie de diligencias arbitrarias, que por su índole no conduzcan a probar la verdad, o que siembre el desconcierto o la incertidumbre, o que se aparten notablemente y en menoscabo del infractor de las fórmulas imperantes en el juicio, para que éste tenga un desarrollo normal. Pero es claro que no de toda irregularidad o pretermisión puede predicarse el vicio que lo afecte en su fundamento. Porque si así fuera, se le daría el carácter de general a lo que solamente por su condición de extraordinario puede considerarse con valor suficiente para anular el proceso. Y, es necesario repetirlo, únicamente cuando la informalidad es substancial o afecta vitalmente el procedimiento previo a la decisión, en manifiesto daño del acusado o de parte legítima, es cuando puede decirse que el imperio de la Constitución se ha quebrantado, y es preciso restablecerlo".

2.—Anular no es lo mismo que revocar, pues si producen iguales resultados en la práctica, es decir, en cuanto que por cualquiera de esos medios se extingue aquello sobre que recae la declaración de nulidad o la revocación, en cambio se diferencian en los efectos jurídicos que producen y en el alcance que cada uno de ellos tiene. El primero obra hacia adelante con propósito de saneamiento de toda una actuación que se considera inválida —aunque virtualmente no lo sea en sí misma—, por tener una base informal o anómala; y, por lo tanto, es improcedente salvar trámites que se hallan dentro del espacio en que la nulidad opera legalmente. El segundo, que es un medio judicial de remediar lo que se opone a la Ley, tiene un efecto concreto, circunscrito a la providencia de la cual se reclama o que ha sido consultada, y no va más allá, ni explícita ni implícitamente, de su objetivo determinado.

3. — La incompetencia de jurisdicción no constituye nulidad sino cuando es improrrogable.

4.—Jurisdicción improrrogable es la que

no puede salirse de la esfera que le traza la Ley.

5. — Si ni en la pregunta que se le propuso al Jurado ni en la respuesta del mismo, se declaró los elementos que modifican el homicidio y las lesiones, como, por ejemplo, si el delincuente obró en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación (caso del artículo 28 del C. P.), o en riña imprevista (caso del artículo 384 ibidem), no es posible que en la sentencia se deduzcan esas modalidades, porque ello equivaldría a desconocer el veredicto y el planteamiento de los cargos, dando entonces sí lugar a que se alegara la causal tercera de casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, siete de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

A la sanción mínima fijada en el artículo 363 del Código Penal, ha sido condenado Miguel Antonio Reales Dávila, a quien el Jurado declaró responsable de haberle dado muerte el 5 de noviembre de 1944, con arma corto-punzante, en Magangué, a Pablo Cruzado, "aprovechándose del estado de indefensión" en que éste se hallaba.

De dicho fallo, pronunciado por el Tribunal Superior de Cartagena el 18 de junio del año que termina y en el cual se aprobó el de primera instancia, recurrió en casación el defensor del procesado, asistido ahora por el doctor Pedro Pérez Sotomayor, quien para sustentar el recurso ha presentado una demanda en la que invoca las causales 4ª y 1ª del artículo 567 del C. de P. P., advirtiendo que aquélla la alega, como "esencial y fundamental", como es de rigor y lo aconseja la técnica en esta clase de acciones.

Antecedentes procesales

Versando, como versa, el cargo principal sobre un defecto del juicio que en parecer del demandante constituye motivo de nulidad, es necesario referirse a aquellas actuaciones que lo comprenden o que pueden comprenderlo, y a ello procede la Sala, resumiéndolas en los siguientes términos:

1º El 2 de mayo de 1946, el Juez Segundo Superior de Cartagena abrió causa criminal "por los trámite en que interviene el Jurado de conciencia" a Miguel Reales Dávila, por homicidio en la persona de Pablo Cruzado, previas estas consideraciones que figuran en la parte motiva de esa providencia: a) que el delito no se cometió en riña; b) que la víctima se hallaba en estado de "completa indefensión"; c) que el sindicado se encontraba "perfectamente borracho"; y d) que en esas condiciones el mismo "revela síntomas de peligrosidad";

2º De este auto se notificó el 24 de septiembre de 1946 el defensor, Dr. Manuel Edmundo Mendoza, "diciendo que recurre reponiendo";

3º El 4 de octubre siguiente el secretario del Juzgado pasó el asunto al Juez con esta razón: "Informo a usted que el doctor Mendoza interpuso el recurso de apelación contra el auto de proceder, reponiéndola (sic) sin presentar hasta la fecha escrito fundamentando el recurso de reposición";

4º En esa misma fecha (4 de octubre) el señor Juez dispuso: "Concédase en el efecto suspensivo la apelación que viene interpuesta contra el auto de proceder de fecha dos (2) de mayo del año en curso";

5º El tres de noviembre de 1947, el Tribunal Superior de Cartagena, sin reparar en que en realidad no se había apelado el auto de dos de mayo, lo confirmó con estas salvedades o, mejor, aclaraciones: "Jamás la embriaguez constituye circunstancia específica. Cuando no es el caso del artículo 29 del C. Penal, constituye una circunstancia de menor peligrosidad; siempre que tenga el carácter de voluntaria. Cuando es intoxicación crónica el Juez está obligado a formular la pregunta respectiva a los miembros del Jurado como expresamente lo ordena la Ley 4ª de 1943 en su artículo 28. Pero es necesario que esté acreditada en autos mediante la prueba pericial. De tal manera, que no es procedente dejar establecido en el auto de proceder que el reo se encontrara en estado de embriaguez. En cuanto a la riña ella no ha existido, pues él fue herido cuando estaba durmiendo. Se afirma que la víctima se encontraba en circunstancias de indefensión. La Sala considera que no existe tal circunstancia, pues la dormida de Cruzado no fue preparada por el sindicado, es decir, que no se proporcionó tal situación para darle muerte con más facilidad. Pero tal circunstancia encaja en el ordinal 6º del artículo 363 del C. Penal, debido a

que la muerte se produjo abusando de las condiciones de inferioridad personal del ofendido, quien, como se ha dicho, estaba durmiendo".

6º Vuelto el proceso al Juzgado del conocimiento, siguió su curso normal, habiéndose recibido durante el término probatorio, las declaraciones que se van a mencionar, solicitadas por el señor Fiscal de la primera instancia, ninguna de las cuales modificó la situación jurídica del procesado, ni con ellas se procuraba desvanecer los cargos formulados en la primera o en la segunda providencia del enjuiciamiento, puesto que más bien —y casi en su totalidad— se referían a citas hechas en la indagatoria con el fin de acreditar que el sindicado también había sido agredido y lesionado, sin determinar el autor de la agresión. Estas declaraciones, sin ningún valor procesal, las dieron las siguientes personas: Alfonso Sarco (102 v. cuad. 1º), Heriberto Vásquez (109), Jesús María Galvis Julio (109 a 109 v.), Manuel Galé (109 v.), M. G. Miranda (114) y Rafael García (114 v.);

7º En la primera audiencia pública, celebrada el 24 de septiembre de 1953, el Juez le preguntó al Jurado si Manuel A. Reales Dávila era responsable de haber ocasionado la muerte de Pablo Cruzado, con el propósito de matar, "habiendo procedido el mencionado reo abusando de las condiciones en que se encontraba la víctima, pues estaba dormida", y la respuesta fue: "Sí, en estado de intoxicación aguda";

8º El Juez debía entonces dictar la sentencia correspondiente; pero no lo hizo así porque advirtió que parte de la actuación era nula por haberse concedido un recurso de apelación que no se había interpuesto, y, en consecuencia, en auto de 29 de septiembre de 1953 hizo las dos siguientes declaraciones: 1º "Declárase nulo el auto de este Despacho de fecha 4 de octubre de 1946 por medio del cual se concedió en el efecto suspensivo un recurso de apelación inexistente"; y 2º "Declárase la nulidad de la vista pública efectuada dentro de este proceso el día 24 del mes en curso así como el cuestionario que fue sometido a la consideración de los señores miembros del Jurado de conciencia que intervino en la presente causa". Advirtió allí mismo, en cuanto al resto de la actuación: "Lo llevado a cabo tanto por el Juzgado Primero Superior como por éste, en lo relativo a pruebas producidas en el plenario, guarda todo su valor ya que esto se hubiere efectuado, hubiera o no conocido del negocio el H. Tribunal Superior de Justicia... Los jurados de conciencia que intervinieron en la presente causa deben ser reemplazados en su totalidad, ateniéndose a lo dispuesto por el artículo 493 del C. de P. Penal";

9º Esta determinación la consintió expresamente el señor defensor del encausado, oponiéndose, además, en memorial de 21 de octubre de 1953, a la reposición pedida por el representante del Ministerio Público, quien apeló de lo dispuesto por el Juez en que éste sostuvo sus puntos de vista;

10º Concedida, en el efecto devolutivo, dicha apelación, el Tribunal, en auto de 26 de febrero de 1954, encontró legal la tesis y aún hubo de concretar más lo decidido en primera instancia declarando que también era nulo el auto de 3 de noviembre de 1947 dictado por el Tribunal, es decir, el que confirmó el auto de proceder. Como fundamento de su providencia expresó la entidad mencionada: "El Tribunal comparte la tesis del inferior en cuanto a que la declaratoria de nulidad no debe abarcar toda la actuación habida en el juicio con posterioridad a la providencia en que se ha hecho mérito dictada por el Tribunal, porque esa actuación se operó con la plena observancia de las formas procedimentales del juicio y por funcionario en quien residía la jurisdicción, y porque además, como lo anota el inferior, esa actuación se habría cumplido de igual manera, hubiese o no existido la intervención del Tribunal. La nulidad necesariamente tiene que ser parcial y afectar sólo aquellos aspectos de la causa que quedaron sobordinados (sic) a la reforma que el Tribunal introdujo al auto de proceder dictado por el Juzgado, y son, el cuestionario que fue sometido a la consideración del Jurado de conciencia, y, consiguientemente, la Vista pública efectuada el día 24 de septiembre de 1953".

11º Aceptado el veredicto simplemente afirmativo emitido por el Jurado en la segunda audiencia del 21 de abril de 1954, en el que se le formuló la pregunta de acuerdo con los cargos contenidos en el auto de proceder del Juez del conocimiento, prescindiendo de las observaciones hechas por el Tribunal en el suyo, ya insubsistente, se profirió la sentencia de que se habló al principio, en la cual, para imponer la mínima sanción adecuada a la categoría del homicidio declarada por los jueces populares, se tuvieron en cuenta las siguientes circunstancias de menor peligrosidad: buena conducta anterior, "el haber obrado en estado de pasión o de ira" y el haber

cometido el delito en estado de embriaguez, o sea, anota la Sala de la Corte, las enumeradas en los ordinales 1º, 3º y 5º del artículo 38 del Código Penal.

La nulidad alegada

Empieza el demandante manifestando que "el fallo recurrido se profirió en un juicio criminal afectado de nulidad de orden constitucional por violación del artículo 26 de la Carta", y fundamenta el cargo en haberse desatendido el artículo 200 del C. de P. P., cuyo texto es el siguiente: "En cualquier estado del proceso en que el Juez advierta que existe alguna de las causales previstas en los artículos anteriores, decretará la nulidad de lo actuado desde que se presentó la causal, y ordenará que se reponga el proceso para que se subsane el defecto, salvo que se tratare de ilegitimidad de la personería en el querellante".

En otras palabras, siguiendo el pensamiento del impugnador del fallo, que el Juez —con anuencia del Tribunal— hizo una declaración parcial de nulidad, dejando en pie actuaciones intermedias y olvidando que la nulidad cobija todo lo actuado a partir del acto o diligencia que se declara sin valor, lo que obliga a reponer totalmente, sin discriminación, la parte que quedó afectada por el solo hecho de ser la consecuencia de una base procedimental viciada.

Alrededor de este argumento, que la Sala ha resumido extrayendo de él la idea motriz de la demanda, gira la crítica del doctor Pedro Pérez Sotomayor, originada en haberse dejado subsistentes actuaciones que debieron ser invalidadas de acuerdo con el artículo aplicado a medias por los juzgadores en el incidente de que se está hablando.

Arguye también —para darle mayor fuerza al cargo— que en las pruebas que se solicitaron y practicaron se tuvo en cuenta "la vigencia jurídica y procesal del auto de noviembre 3 de 1947 del Tribunal de Cartagena", y añade que "la nulidad decretada sólo fue para todo lo que era favorable a... Reales, es decir, para desconocer un fallo del jurado de conciencia que creaba una situación jurídica favorable en relación con el segundo veredicto...".

Causal primera

Cree el demandante que se violó la Ley penal porque la sanción impuesta al procesado no está en armonía con las consideraciones que sobre las circunstancias en que el delito se cometió se hallan registradas en los fallos. Y para demostrar el cargo transcribe los apartes de uno y otro, el del Juez y el del Tribunal, en los que se hacen estos reconocimientos. En el del primero: "su buena conducta anterior; el haber obrado en estado de pasión o de ira, puesto que se sabe que en los momentos de la pendencia fue herido en una de sus orejas, apareciendo su aspecto físico desfigurado. Le hace falta la mitad de la oreja derecha. Y por último, actuó embriagado". Y en el del segundo: "En las condiciones en que aparece cometido el delito de homicidio por Reales Dávila, las consideraciones que hace el inferior son las que se ajustan a la Ley para la graduación de la pena...".

De ahí concluye el demandante que "se violó la Ley penal por omisión porque debió tenerse en cuenta el artículo 28 del Código Penal en relación con el artículo 384 de la misma obra". O sea, en síntesis, que reconocidas estas circunstancias (que para el demandante son "modificadoras de la responsabilidad"), debió individualizarse la sanción de conformidad con lo expuesto en los preceptos citados, porque "si el jurado de conciencia expresamente no descartó esas circunstancias modificadoras de la responsabilidad, que vienen debidamente comprobadas y reconocidas, la sentencia recurrida debió acomodar el fallo a las normas penales de excepción que he señalado".

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal le pide a la Corte "que invalide la sentencia demandada del Tribunal Superior de Cartagena y, en su lugar, declare nulo lo actuado a partir de la ejecutoria, exclusive, del auto de proceder dictado por el Juez 2º Superior de aquel Distrito Judicial con fecha 2 de mayo de 1946, y ordena reponer el procedimiento".

Breves son las razones que preceden a esta solicitud y, por lo mismo, bien pueden expresarse literalmente. Son ellas:

"Resulta evidente que el juicio criminal abierto por el Juzgado 2º Superior contra Miguel Reales Dávila no tuvo la tramitación ordinaria ordenada para el caso por la ley. Cuando aquel auto de proceder se profirió regían las normas consignadas en el Libro Primero, Título II, Capítulo I del Código de Procedimiento Penal, para

tramitar el término probatorio, ninguna de cuyas disposiciones fue cumplida para tratar el juicio en referencia, porque las practicadas en tal sentido, lo fueron para otro juicio, para el que abrió el Tribunal, en términos de los que se deducía diferente situación jurídica en el procesado y, por ende, cargos distintos a los planteados por el Juzgado.

"Así, pues, las partes en este juicio tuvieron oportunidad de producir pruebas —y algunas de ellas se practicaron— respecto de un pliego de cargos que resultó nulo; pero de aquel que figura firmemente como pieza procesal de pleno valor legal, no tuvieron oportunidad de hacerlo, ya que del estado del proceso en que quedó ejecutoriado el auto de proceder, se dio un salto en el procedimiento, para seguir la actuación con el auto que señala día y hora para el sorteo de jurados, dejando de aplicar en el juicio las disposiciones legales contenidas en todo un capítulo del Código procesal.

"Lo que quiere decir que, como muy acertadamente lo expresa el señor abogado demandante, la nulidad advertida por el Juzgado 2º Superior y reconocida por el Tribunal de Cartagena, aún subsiste, por cuanto no fue declarada como lo manda el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal, esto es, ordenando reponer el procedimiento desde que la causal se produjo.

"Y como mientras no se haya cumplido legalmente un trámite procesal en el juicio penal, no se adquiere jurisdicción para entrar al siguiente, la nulidad alegada consiste en la incompetencia de jurisdicción de los funcionarios de instancia a partir de la ejecutoria del auto de proceder, lo cual debe ser declarado con invocación de la causal 1ª del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, para que se reponga el procedimiento —ahora bajo el imperio del artículo 4º y siguientes del Decreto 1231 de 1951 y disposiciones concordantes, en atención a lo preceptuado por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887".

Se considera:

Aparte de las nulidades previstas en los artículos 198 y 199 del C. de P. P., de las cuales unas son absolutas y relativas otras, lo que quiere decir que para hacerlas valer es preciso cumplir los requisitos que los mismos artículos que las consagran le imponen a las partes, la jurisprudencia ha convenido en ampliar un poco la órbita limitada en la Ley con respecto a esta materia; y así han surgido en los debates de casación las llamadas "nulidades constitucionales", porque tiene su origen en una norma del estatuto fundamental que traza pautas insalvables para los juzgamientos, entre los cuales y como de carácter más radical y sustantivo figuran estas dos: ley anterior al delito y tribunal competente. Pero también ordena que se observen las "formas propias del juicio", que no pueden ser otras que las establecidas en las leyes procesales.

De manera que esta clase de nulidades, que miran a la garantía de los procesos y a que se cumplan las reglas que los presiden, son de índole excepcional y, como tales, únicamente pueden admitirse cuando la pretermisión se traduzca en un perjuicio cierto y demostrable para los intereses de la justicia, como sería, por ejemplo, el haberse adelantado el proceso sin escuchar al sindicado o a quien debía representarlo.

Acerca de este problema la Corte ha expuesto ya su parecer en términos muy categóricos. Precisamente en un fallo (2 de agosto de 1948) en que la ponencia estuvo a cargo de quien ahora en las mismas circunstancias suscribe el actual, se dijo:

"Lo que se ha tratado de salvar, al admitir que fuera de las nulidades indicadas en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, existen o pueden existir otras que provienen de la voluntad del supremo legislador, es la garantía de que debe estar rodeado el procesado en el juicio penal, para evitarle todo aquello que pueda quebrantarla o mermarla, y ser entonces la sanción que respecto de su hecho recaiga el resultado de una serie de diligencias arbitrarias, que por su índole no conduzcan a probar la verdad, o que siembren el desconcierto o la incertidumbre, o que se aparten notablemente y en menoscabo del infractor de las fórmulas imperantes en el juicio, para que éste tenga un desarrollo normal. Pero es claro que no de toda irregularidad o pretermisión puede predicarse el vicio que lo afecte en su fundamento. Porque si así fuera, se le daría el carácter de general a lo que solamente por su condición de extraordinario puede considerarse con valor suficiente para anular el proceso. Y, es necesario repetirlo, únicamente cuando la informalidad es substancial o afecte vitalmente el procedimiento previo a la decisión, en manifiesto daño del acusado o de parte legítima, es cuando puede decirse que el imperio de la Constitución se ha quebrantado, y es preciso restablecerlo".

Y antes, en otro fallo de 18 de marzo de 1947, se había dicho:

"No toda deficiencia o irregularidad en la tramitación de un proceso criminal tiene capacidad para obrar decisivamente y determinar la invalidez de la actuación. Es necesario comprobar que esa anomalía fue de tanta importancia que influyó manifiestamente en el desenlace de la acción. Y cuando se apunta como motivo de nulidad la falta de una fórmula propia del juicio, hay que demostrar que ella mermó las garantías constitucionales del enjuiciado y que esa fue la causa del resultado adverso que se trata de corregir".

Conocidas las exigencias que permiten extender los motivos de nulidad expresamente restringidos en la Ley procedimental, corresponde averiguar si en el presente caso, debido a un mal entendimiento del artículo 200 del Derecho Penal Formal, hubo de causarse algún daño al procesado o el juicio se desquició y se salió por ello de sus cauces legales.

Justo es convenir en que el cargo relativo a la causal 4ª es evidente desde un punto de vista material, y que el doctor Pedro Pérez Sotomayor lo ha formulado con arreglo a la técnica propia del recurso que a él le ha tocado sostener y lo ha hecho convencido de la fuerza jurídica de sus razones.

Lo informal del procedimiento se reduce a que el Juez trató de rectificar un error, mas al hacerlo incurrió en otro, que consistió en no haberle dado a la nulidad declarada sus proyecciones naturales.

Anular no es lo mismo que revocar, pues si producen iguales resultados en la práctica, es decir, en cuanto que por cualquiera de esos dos medios se extingue aquello sobre que recae la declaración de nulidad o la revocación, en cambio se diferencian en los efectos jurídicos que producen y en el alcance que cada uno de ellos tiene. El primero obra hacia adelante con propósito de saneamiento de toda una actuación que se considera inválida —aunque virtualmente no lo sea en sí misma—, por tener una base informal o anómala; y, por lo tanto, es improcedente salvar trámites que se hallan dentro del espacio en que la nulidad opera legalmente. El segundo, que es también un medio judicial de remediar lo que se opone a la Ley, tiene un efecto concreto, circunscrito a la providencia de la cual se reclama o que ha sido consultada, y no va más allá, ni explícita ni implícitamente, de su objetivo determinado.

¿Pero podrá afirmarse por esto que la sentencia acusada se dictó sobre un juicio viciado de nulidad? En primer lugar debe aclararse que el reo estuvo asistido por un defensor y que éste guardó silencio cuando al recurso que él interpuso —y no sostuvo— se le dio una interpretación equivocada; y en segundo lugar debe decirse que no ya con su silencio sino en forma muy expresa consintió en lo resuelto por el Juez cuando éste limitó los efectos de la nulidad a aquello que le pareció que era lo único que debía reponerse o enmendarse. De consiguiente, no es posible sostener que en el juicio no se le brindó oportunidad a las partes para sus legítimas protestas ni que el procesado careció de defensa y que el juicio culminó sin oírlo. Y estas son las garantías por cuyo cumplimiento vela la Constitución y que la jurisprudencia admite, en gracia de la fuente que las consagra, como una nueva coyuntura, eso sí de carácter excepcional, para que el responsable de un delito pueda, una vez vencido en las instancias ordinarias del juicio, ejercitar sus derechos y pedirle a la Corte que corrija una situación que no se aviene con los dictados de la justicia.

El problema variaría quizás en esta hipótesis: que se hubiera declarado nulo todo lo actuado a partir de la concesión del recurso contra el auto de proceder y que, sin embargo, se hubiera continuado el juicio omitiendo reponer lo invalidado. Entonces sí habría podido alegarse que el fallo se pronunció en un juicio viciado de nulidad, a condición, claro está, de que la providencia que eso hubiera declarado se hallara en firme y no fuera ya susceptible de recurso alguno.

En un fallo menos reciente de los que antes se han citado dijo la Corte: "El hecho de que le Juez haya remitido el expediente al superior manifestando que va en apelación de la sentencia de primera instancia interpuesta por las partes (el Fiscal, el procesado y su defensor) sin que haya dictado el auto correspondiente para concederla, es omisión de una formalidad que no induce nulidad de lo actuado en la segunda instancia por incompetencia de jurisdicción, si dicho juzgado o tribunal era la entidad competente para conocer de esa causa por apelación o consulta y las partes allanaron lo actuado sin hacer reparo alguno

en la segunda instancia....". (Casación, 20 de marzo de 1928, XXXV, 279).

Esta doctrina tiene su fundamento en que la incompetencia de jurisdicción no constituye nulidad sino cuando es improrrogable. Y bien se sabe —y también la Corte lo ha dicho (casación de 28 de agosto de 1942, G. J. Tomo LXII, número 1986, pág. 701)— que jurisdicción improrrogable es la que no puede salirse de la esfera que le traza la Ley, como cuando los jueces y tribunales conocen de procesos no atribuídos a ellos **ratione materia, ratione loci, ratione persona,** es decir, que si la competencia obedece a esas tres causas (naturaleza del hecho, lugar del mismo y calidad de la persona a quien se le imputa), propiamente no puede hablarse de incompetencia de jurisdicción cuando el funcionario judicial ante quien se surtió el recurso irregularmente tramitado era el juez que en caso de haberse procedido regularmente lo habría tenido que decidir.

Conviene no olvidar que, como ya se dijo, las pruebas practicadas carecieron de orientación definida y no se dirigieron en el sentido de contrarrestar los cargos formulados en una o en otra de las providencias rectoras del proceso, muy poco diferenciadas en cuanto al examen de la actuación criminal de Miguel Antonio Reales Dávila, porque de que la víctima se hallara en estado fisiológico de duermevela o profundamente dormido, no se ha desprendido en los debates consecuencia que pudiera hacer desaparecer la indefensión o la inferioridad, hecho innegable y que es el que le ha dado carácter de especial gravedad al homicidio.

Por último, de aceptarse la nulidad invocada, el cuestionario —aspecto que preocupa al demandante y al señor Procurador— quedaría igual al definitivo, que está de acuerdo con el auto de proceder del juzgado, si es que se quiere insistir en que él contiene presupuestos que difieren en forma apreciable de los consignados en el del Tribunal.

Demostrado como está que no se han quebrantado las garantías del juicio, no procede acceder a la nulidad solicitada, la que sólo puede reconocerse, según se deja expresado claramente, cuando ocurre una anomalía que priva al procesado de sus medios legales de defensa.

Las circunstancias de menor peligrosidad no son modificadoras del delito sino de la pena.

En los juicios en que interviene el Jurado el fallo se pronuncia sobre el veredicto, si éste no se declara contrario a la evidencia de los hechos. De manera que si en la pregunta no se le propuso al Jurado, ni él lo declaró en su respuesta, ninguno de los elementos que modifican el homicidio y las lesiones, como, por ejemplo, si el delincuente obró en estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación (caso del art. 28 del C. P.), o en riña imprevista (caso del artículo 384 ibidem), no es posible que en la sentencia se deduzcan esas modalidades, porque ello equivaldría a desconocer el veredicto y el planteamiento de los cargos, dando entonces sí lugar a que se alegara la causal tercera de casación.

Si las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad —cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito— corresponde aplicarlas al Juez de derecho (artículo 499 C. de P. P.), la objeción a la sentencia carece de fundamento, puesto que al individualizar la pena no se hizo en ella nada contrario a lo que la citada disposición ordena. En efecto, al procesado se le impuso 15 años de presidio —que es la sanción mínima para el asesinato— por obrar en su favor las circunstancias de menor peligrosidad comprendidas en los ordinales 1º, 3º y 5º del artículo 38 del C. P.

Basta lo anterior para concluir que el cargo referente a la causal 1ª no se justifica.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal —administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, en desacuerdo con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia de fecha, procedencia y contenido ya expresados.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve—Ricardo Jordán Jiménez—Luis Zafra.

Julio E. Argüello R., Secretario.

NULIDADES CONSTITUCIONALES. — LA CORTE DECRETA LA NULIDAD EN UN PROCESO PENAL POR CUANTO EN EL CUESTIONARIO SOMETIDO AL JURADO NO SE INTERROGO SOBRE LOS HECHOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO SINO SOBRE LA DENOMINACION JURIDICA DEL MISMO Y SE OMITIERON LAS MODALIDADES DEL DELITO QUE FUERON MATERIA DE LOS CARGOS FORMULADOS EN EL AUTO DE PROCEDER. —ES ERRONEO AFIRMAR QUE LAS NULIDADES CONSTITUCIONALES SE RED UCEN A LA "INCOMPETENCIA DE JURISDICCION"

1.—Sobre el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, ver el estudio que transcrito en la presente sentencia, corre publicado en la GACETA JUDICIAL, números 2157-2158 (página 254).

2.—El opositor a que se invalide la sentencia del Tribunal, le atribuye a la Sala Penal de la Corte el haber abandonado la doctrina según la cual "las nulidades procesales están establecidas precisamente en favor del enjuiciado y sólo para evitar que se le juzgue con arbitrariedad".

Conviene registrar aquí la parte pertinente de la fechada el 2 de agosto de 1948, en la cual se dijo: "Y, es necesario repetirlo, únicamente cuando la informalidad es sustancial o afecta vitalmente el procedimiento previo a la decisión, en manifiesto daño del acusado O DE SU PARTE LEGITIMA (subraya la Sala), es cuando puede decirse que el imperio de la Constitución se ha quebrantado, y es preciso restablecerlo".

O DE PARTE LEGITIMA — Conviene no perder de vista la extensión de la doctrina, porque ella le quita toda su fuerza al argumento de que sólo es nulo un proceso cuando se menoscaba el derecho del procesado, que es una parte del juicio penal, pero no la única, puesto que el Ministerio Público, que representa los intereses de la sociedad y cuya misión estriba en velar porque se castiguen los delitos, es decir, en que se cumplan los fines de la justicia, es parte legítima y no está colocada, por lo tanto, en condiciones de inferioridad en el proceso penal, que es una relación de derecho y no actuación unitaria en donde lo único que prevalezca sea la situación de quien con el delito violó el orden social establecido.

3.—El artículo 26 de la Constitución consagra, un mínimo de garantías para el acusado; pero también atiende a todos los estados sustanciales del procedimiento, precisamente por constituir una relación en la que obran varios derechos igualmente respetables y dignos de ser amparados.

Al encabezamiento de este artículo ("Nadie podrá ser juzgado...") no puede dársele una interpretación precaria o parcial, porque el juzgamiento es de orden público y porque las formas propias del juicio no están establecidas en provecho exclusivo del infractor.

4.—Los jurados deben decidir sobre hechos y no sobre cuestiones de derecho, las preguntas que se sometan a su consideración deben versar sobre los primeros y no sobre las segundas.

Se desnaturalizaría la función de los jurados si en los cuestionarios se les plantearan aspectos de orden jurídico que corresponde examinar y decidir al juez de derecho, acomodando la Ley, sin aceptar el veredicto, a la determinación del Jurado sobre las realidades que lo integran y que sólo puede definir cuando la respuesta no contraviene los preceptos de la Ley.

Por lo tanto, el argumento de que preguntándole al Jurado por el delito, cuando en su misma acepción etimológica va envuelta la idea se propicia su función, no es aceptable, por ser falsa la conclusión, desde luego que más se propicia interrogándolo sobre materias perceptibles a los sentidos, como son los hechos, y no sobre las formas jurídicas de los mismos. De no ser ello así también podrían versar las preguntas sobre entes jurídicos concretos, como por ejemplo

sobre parricidio, cuya etimología es bien representativa, aunque existen dentro de esta figura delictuosa el parricidio llamado propio y el impropio, uno y otro comprendidos en el término "asesinato", calificado por los tratadistas de expresión ondulante.

5.—El no incluírse en la serie de cuestiones, las modalidades del homicidio, que fueron materia de los cargos formulados en el auto de proceder, es una omisión de una fórmula del juicio que no sólo por ser propia debe repararse, sino porque su falta desquiciaría el juzgamiento, que es, de orden público y que no está vinculado al interés de una sola de las partes.

6.—Sostiene el señor Agente del Ministerio Público, la tesis consistente en afirmar que todas las informalidades no expresamente enumeradas en los artículos 198 y 199 del C. de P. P., se reducen, en su sentir, a una sola: la incompetencia de jurisdicción. A ese resultado llega tras de una especie de entinema en el que la premisa base de ese silogismo abreviado es la siguiente: "el Juez carece de jurisdicción al ejecutar un acto que la Ley le ha prohibido o que no le ha permitido". Lo cual quiere decir que "las llamadas nulidades constitucionales no son tales, sino vicios del procedimiento, de tal naturaleza, que hacen perder jurisdicción al Juez, cuya actuación subsiguiente, por ende, carece de valor jurídico".

A este propósito replica el opositor con mucho acierto diciendo: "Si se toma el cuidado de leer el artículo 26 de la Carta, se evidencia que es el poder constituyente el primero en tener como conceptos distintos e independientes la competencia y las formas propias del juicio. Y en desarrollo de este precepto, el artículo 198 del C. de P. P. separó la competencia de las formas, en vez de haber dado una causal única y un repertorio de sus modalidades. Y añade, a manera de remate, esta consideración: que si las formas procesales se confundieran con la jurisdicción, la enmienda de lo indebidamente tramitado no la podría ordenar quien incurrió en la informalidad, porque al hacerlo ejecutaría un acto jurisdiccional de que carece, si es que puede seguirse sosteniendo la tesis de la Procuraduría.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, diez de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

Absolviendo a los procesados ha concluído en sus dos instancias ordinarias el dilatado juicio penal seguido en el Distrito Judicial de Sta. Rosa de Viterbo a Pedro Buitrago, Ricardo Buitrago y Evaristo Rojas, a quienes se sindicó de haber dado muerte a Jesús, Odilio y Luis Celis el 28 de febrero de 1942 en la población boyacense de El Espino, fallo que proviene de haber aceptado el veredicto emitido por los jueces populares en audiencia pública celebrada a los diez años, nueve meses, o sea el 25 de noviembre de 1952.

Pero como el representante del Ministerio Público no se conformara con lo resuelto, interpuso, respecto de la sentencia de segunda instancia, fechada el 17 de mayo de este año (1955), el recurso de casación que aquí se va a decidir, previos estos necesarios antecedentes:

1º En el auto de proceder del Juez Segundo Superior de Santa Rosa de Viterbo, aprobado por el Tribunal (10 de agosto de 1945 y 25 de septiembre de 1946, respectivamente), se consideró que no habiéndose precisado, de los que dispararon contra Jesús Celis (quien falleció a consecuencia de una herida causada con proyectil de "arma de fuego de pequeño calibre que le perforó la arteria pulmonar"), a cuál de ellos podía atribuírse el delito, era indispensable darle aplicación a lo dispuesto en el artículo 385 del C. P., y de allí que el cargo se hubiera formulado a Ricardo Buitrago y a Evaristo Rojas;

2º En la misma providencia se hizo una aclaración importante en cuanto a lo ocurrido entre los dos grupos —formado uno de ellos por los Buitragos y Rojas y el otro por los Celis, entre los cuales existían "serios motivos de enemistad anteriores"—, pues se dijo allí que "los hechos se suscitaron de una manera imprevista"; y el Tribunal, al concretar la imputación habló de "un combate singular, donde fueron los Buitragos quienes atacaron con más ardentía y violencia, como que tres homicidios constituyeron el balance lamentable de su feroz arremetida";

3º Las cuestiones propuestas al Jurado, dicen así:

"**Serie primera**—Cuestión primera: ¿El acusado Ricardo Buitrago, hijo de Dionisio Buitrago y Bárbara Rojas, mayor de edad, soltero y jornalero, natural y vecino de El Espino, es responsable del delito de homicidio en la persona de Jesús Celis, según hechos sucedidos como entre cinco y seis p. m. del veintiocho de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, en el expendio de fermentados del mencionado municipio de El Espino, y mediante el empleo de arma de fuego de pequeño calibre, con la cual se ocasionaron los estragos orgánicos de que da cuenta la diligencia de autopsia?"

"**Serie primera**—Cuestión segunda: ¿El mismo acusado Ricardo Buitrago, de las anotaciones personales reseñadas en la cuestión anterior, es responsable del delito de homicidio en la persona de Odilio Celis, según hechos que tuvieron ocurrencia en el mismo lugar, día y hora a que se ha hecho referencia ya, y mediante el empleo de armas de fuego y cortante y punzante, con las cuales se ocasionaron los estragos orgánicos de que da cuenta la diligencia de autopsia?"

"**Serie segunda**—Cuestión única: ¿El acusado Evaristo Rojas, hijo de Obdulio Rojas y Purificación Mojica, mayor de edad, casado con Bernarda Buitrago, natural y vecino de El Espino, agricultor de profesión, es responsable del delito de homicidio perpetrado en la persona de Jesús Celis, según hechos ocurridos como entre cinco y seis p. m. del veintiocho de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, en el expendio de fermentados de la mencionada población de El Espino, y mediante el empleo de arma de fuego de pequeño calibre, con la cual se ocasionaron los estragos orgánicos de que da cuenta la diligencia de autopsia?"

"**Serie tercera**—Cuestión única: ¿El acusado Pedro Buitrago, hijo de Dionisio Buitrago y Bárbara Rojas, mayor de edad, soltero, agricultor y vecino de El Espino, es responsable del delito de homicidio perpetrado en la persona de Luis Celis según hechos ocurridos en el mismo lugar, día y hora a que se ha hecho referencia anteriormente y mediante el empleo de arma cortante y punzante, con la cual se produjeron los estragos orgánicos de que da cuenta la diligencia de autopsia?"

4º En su orden, las respuestas son de este tenor: a la primera de la serie primera: "No por haber obrado en legítima defensa"; a la segunda de esa misma serie: "No por haber obrado en legítima defensa"; a la única de la serie segunda: "No"; y a la única de la serie tercera: "No".

La causal invocada

Impugna el señor Fiscal del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo la sentencia, por estos dos motivos, ambos tendientes a que se invalide el proceso: "a) Los cuestionarios presentados a la consideración de los Jurados, en la audiencia pública violaron lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, en cuanto no interrogaron sobre hechos sino sobre delito jurídicamente denominado"; y b) "...contrariando la norma establecida en el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, se dejaron de incluir en las preguntas elementos referentes al delito y a sus modalidades, reconocidas en el auto de proceder, tales son: el propósito de matar, la riña imprevista y la complicidad correlativa respecto de Ricardo Buitrago y Evaristo Rojas, en la muerte de Jesús Celis".

Cada uno de estos motivos los apoya en razones de orden legal, especialmente en cuanto a la explicable y justificada prohibición de emplear "términos jurídicos" en los cuestionarios; y como ésta es una norma del juicio, al desconocerla se incurre en nulidad, por violación del artículo 26 de la Ley fundamental.

Hace hincapié en la necesidad de incluir el propósito de matar cada vez que se ventila un caso de homicidio, porque dadas las diferentes modalidades de este ilícito (culposo y preterintencional), la omisión de tal requisito es una de las informalidades que da lugar a la "nulidad supralegal, sea el veredicto condenatorio o absolutorio".

Y, finalmente, en lo que respecta a no haberse propuesto en el cuestionario ni la riña imprevista ni la complicidad correlativa, dice que habiéndose en el auto de proceder planteado el fenómeno de la riña respecto de todos los delitos cometidos por los Buitragos y Rojas el 28 de febrero de 1942, y habiendo quedado igualmente explícito en ese auto la complicidad correlativa atribuida a Ricardo Buitrago y Evaristo Rojas por la muerte de Jesús Celis, al prescindirse en el cuestionario de esas ineludibles fórmulas se sustrajo del conocimiento del Jurado un presupuesto procesal indispensable para que pudiera emitir con exactitud su veredicto.

Ampliación de la demanda

En uso de la facultad concedida en el artículo 3º del Decreto 1154 de 1954, el señor Procurador Primer Delegado en lo Penal amplía la demanda en el sentido de solicitar que se ordene la reposición del procedimiento "a partir del auto que señaló fecha para sorteo de jurados, inclusive".

Además, y un poco fuera del tema, aunque no enteramente ajeno a la causal sustentada, el señor Procurador presenta al estudio de la Sala una tesis que no carece de interés ciertamente. Consiste ella en afirmar que todas las informalidades no expresamente enumeradas en los artículos 198 y 199 del C. de P. P., se reducen, en su sentir, a una sola: la incompetencia de jurisdicción. A ese resultado llega tras de una especie de entinema en el que la premisa base de ese silogismo abreviado es la siguiente: "El Juez carece de jurisdicción al ejecutar un acto que la Ley le ha prohibido o que no le ha permitido". Lo cual quiere decir que "las llamadas nulidades constitucionales no son tales, sino vicios del procedimiento, de tal naturaleza, que hacen perder jurisdicción al Juez, cuya actuación subsiguiente, por ende, carece de valor jurídico". Conclusión que viene precedida de ejemplos como éste: la Ley no consagra como causal de nulidad el haber omitido en un proceso penal el auto de proceder; mas si se atiende a que esa providencia es el antecedente necesario del fallo, el Juez que lo dictara carecería de jurisdicción para condenar por haberse prescindido de un trámite propio del juicio.

Al referirse en concreto a la demanda del señor Fiscal, manifiesta:

"Volviendo al proceso, aparece en él, en forma ostensible, que Ricardo Buitrago, Evaristo Rojas y Pedro Buitrago, no han sido juzgados, sencillamente, por los cargos que se les dedujeron en el llamamiento a juicio, dado que los cuestionarios sometidos al jurado no pueden considerarse tales, porque en la forma de su redacción —ajena a lo ordenado en el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943— deja sin efecto el veredicto, cualquiera que sea el sentido de él.

"Es claro que si el jurado contesta afirmativamente los cuestionarios —transcritos y comentados ya en la demanda— el juez, en la sentencia, se halla ante la perplejidad de no saber por cuál de las varias especies de homicidio, de las que contiene el Código Penal, debe de condenar. Y si, como acontece aquí, el veredicto es negativo de responsabilidad, no se entiende que la absolución se refiera a los hechos del proceso, puesto que no fueron ellos propuestos al jurado y por ende, no tuvo éste oportunidad de calificarlos.

"Como los cuestionarios deben ser formulados a los jurados en forma tal que al recibir el veredicto produzcan algún efecto, ya sea positivo o negativo; y los que figuran en autos no produjeron ninguno, quiere ello decir que no hubo cuestionarios, ni veredicto, esto es, que los hechos de que trata este proceso no han sido juzgados".

La oposición

El abogado, doctor Jacinto Rodríguez Suárez representante de los procesados no recurrentes (Evaristo Rojas, Pedro y Ricardo Buitrago), en un alegato de castizos y elegantes giros, se opone a que se invalide la sentencia acusada. De sus argumentaciones toma la Sala las que considera como más serias y mejor orientadas al fin propuesto por el opositor.

Consiste la primera en atribuírle a la Sala Penal de la Corte y, principalmente a quien como ponente suscribirá este fallo, el haber abandonado —en reciente oportunidad— la antigua doctrina, según la cual "las nulidades procesales están establecidas precisamente en favor del enjuiciado y sólo para evitar que se le juzgue con arbitrariedad".

A continuación, y no antes de consignar apreciaciones muy personales acerca del supuesto peligro de presentarle al tribunal de conciencia, integrado por personas a quienes se les exige un mínimo pero no un máximo de condiciones, una fórmula de por sí clara y nada expuesta a ser confundida o no comprendida, como la que consiste en que diga si el procesado es responsable de homicidio, fenómeno delictuoso que nadie ignora y que, antes que obstaculizar propicia la función del Jurado, dice que si la omisión de ciertos requisitos del cuestionario, "tuviera siempre poder invalidante, (sic) el mismo Código hubiera consagrado como causal ese motivo, y que si no lo hizo "fue porque pensó que no siempre una irregularidad afecta la condición esencial del juzgamiento y su fin legal".

Tesis es ésta que la Corte ha sostenido, sigue diciendo el opositor, "en virtud de la cual las anomalías sólo pueden serlo con imputación constitucional cuando de su confrontación se tenga

certidumbre de que al procesado se le ha juzgado con arbitrariedad".

Pasa luego a criticar la demanda en cuanto al cargo de haberse excluído del cuestionario el propósito de matar, la riña y la complicidad correlativa", y termina este punto así: "en el presente caso, el Jurado contestó con un NO al interrogatorio sobre Evaristo Rojas. Tal negación atañe a la responsabilidad preguntada, y los debates permiten deducir si se negó hasta la imputabilidad material o se reconoció la justificación. Si lo primero, tiene importancia que no se haya incluído la intención, la riña y la complicidad sobre un hecho que no se ha cometido? Si lo segundo, el reconocimiento de la justificación contiene la afirmación implícita de la intención y la superación excluyente de la riña y la complicidad".

En capítulo aparte se refiere a la teoría del señor Procurador que coadyuva la demanda, es decir, la de la erradicación en estos debates de las nulidades constitucionales, porque todas ellas —ya lo había advertido el representante del Ministerio Público— provienen de haberse desatado un proceso irregular y que como tal no le confiere al juzgador la competencia necesaria para conocer de él con plena jurisdicción.

A este propósito replica el opositor con mucho acierto diciendo: "Si se toma el cuidado de leer el artículo 26 de la Carta, se evidencia que es el poder constituyente el primero en tener como conceptos distintos e independientes la competencia y las formas propias del juicio. Y en desarrollo de este precepto, el artículo 198 del C. de P. P. separó la competencia de las formas, en vez de haber dado una causal única —la que añora el Delegado— y un repertorio de sus modalidades. Con esto no más se esteriliza la teoría". Y añade, a manera de remate, esta consideración: que si las formas procesales se confundieran con la jurisdicción, la enmienda de lo indebidamente tramitado no la podría ordenar quien incurrió en la informalidad, porque al hacerlo ejecutaría un acto jurisdiccional de que carece, si es que puede seguirse sosteniendo la tesis de la Procuraduría.

En el último lugar, quizás por estimarlo como argumento de mayor poder, el opositor analiza el artículo 26 de la Constitución para refutar la tesis —que se ha venido sosteniendo en los casos de sentencias absolutorias de que tanto interés hay en que el procesado no sufra quebranto en sus derechos como en proteger los de la sociedad— arguye que el citado artículo no concede derecho alguno al Estado o a la sociedad, sino que mira exclusivamente a la seguridad personal, a la libertad individual, al derecho individual, a la garantía individual, concepto que se deduce lógicamente del sentido gramatical de la frase con que principia el artículo: "Nadie podrá ser juzgado...". O lo que es lo mismo, que para que proceda la nulidad emanada de esa fuente se requiere que el vicio de procedimiento cercene la defensa del procesado y conduzca a su sanción, sin el ejercicio pleno de ese derecho.

Las nulidades constitucionales

La "reciente" doctrina a que alude el opositor en su escrito, figura en un fallo de esta Sala fechado el 31 de agosto del año en curso. También allí —y precisamente en un asunto de que conoció el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo— se planteaba idéntico problema, es decir, interrogatorio al Jurado acerca del delito y no sobre los hechos. Y por eso hubo que casar la sentencia absolutoria, acusada por el Ministerio Público y ordenar la reposición del inválido procedimiento. Entonces se hizo un estudio del artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, en estos términos:

"El artículo 28 de la Ley 4ª de 1943

"Este artículo vino a substituir el sistema que sobre la manera de redactar los cuestionarios establecía el art. 498 del C. de P. P., diferenciándose los dos, el derogado y el vigente, no sólo en cuanto a su forma y contenido sino también en el número de cuestiones, cada una de las cuales permitía contestar con un "sí" o con un "nó", simplemente.

"Hoy, en presencia del nuevo precepto, en una sola cuestión debe estar comprendido el hecho materia de la causa conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyen, pero sin darle denominación jurídica. Esto, porque los jueces de conciencia afirman o niegan la responsabilidad no sobre un delito, cuya definición corresponde al Juez ante quien se adelanta el proceso, sino sobre el aspecto material del acto que se juzga y acerca de las modalidades de realización que lo configuran.

"El Jurado, a su turno, no está constreñido —en su respuesta— a una afirmación o negación,

sino que puede añadir todo aquello que conforme a su criterio considere encaminado a expresar concretamente su voluntad.

"Así, pues, no es permitido interrogar sobre el delito mismo, porque entonces se desnaturalizaría la función del Tribunal del Pueblo. Y esto fue lo que no atendió el Juez en las preguntas que le propuso sobre la responsabilidad de Carlos Julio y Jesús Albarracín. No se dice en ellas si estos procesados son responsables de haberle dado muerte a José del Carmen Albarracín; se les preguntó si eran responsables "del delito de homicidio" cometido en la persona del mencionado José del Carmen. Luego se apartó el funcionario de la regla del artículo 28 de la Ley 4ª citada, lo cual quiere decir que el juicio no se ventiló con sus formalidades propias y características y debe, por lo tanto, subsanarse el defecto anotado.

"En reciente oportunidad (sentencia de 11 de junio del año en curso) la Sala declaró inválido en lo pertinente un proceso por parecidos motivos. Se trataba entonces de un delito de robo y al jurado se le interrogó no sobre los hechos constitutivos de la infracción sino sobre el delito contra la propiedad (robo).

"Mas este motivo no fue alegado en el presente caso por el Fiscal recurrente ni advertido por el Procurador. Ellos se fundan tan sólo en haberse omitido el propósito de matar, que es elemento constitutivo del homicidio sobre el cual se interrogó al Juri en la audiencia pública del 10 de marzo de 1953. Problema asimismo objeto de las varias sentencias cuyos apartes reproduce el escrito del señor Procurador, y resuelto con precisión en la que se acaba de citar (la de 11 de junio de 1955). Se dijo allí:

" 'El cuestionario que se somete al Jurado es un acto sustancial del juzgamiento. Mediante él se enuncian, en síntesis completa, los hechos y circunstancias que son materia del debate para que el Juri pueda calificarlos y dar un veredicto justiciero y acorde con la verdad, veredicto que es la base primordial de la sentencia. Pero si el interrogatorio se formula dejando por fuera los elementos constitutivos del delito, o los de la responsabilidad, o los concernientes a las modalidades específicas de la infracción objeto del proceso, entonces la respuesta de los jueces populares queda trunca, se ignora su verdadero pensamiento y se recortan, además, los derechos de las partes, quienes, por esa grave deficiencia, están cohibidos para llenar cumplidamente su labor, en orden a sostener la culpabilidad o la inocencia del incriminado, si se trata del Ministerio Público; o de abogar por la absolución o por determinadas atenuantes, si es el defensor. Y una falla de tal naturaleza, que desquicia el correcto y ordenado funcionamiento de la potestad represiva, crea una nulidad de las llamadas constitucionales, por violación del artículo 26 de la Carta.

"En este punto conviene aclarar que si es verdad que en todos aquellos casos a que dio lugar la precedente doctrina el veredicto había sido afirmativo, esto no quiere decir que ella —la invocada doctrina— se predique únicamente respecto de sentencias condenatorias, como parece haberlo entendido el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo.

"No deja de reconocerse que cuando se afirma la responsabilidad del procesado sobre una pregunta deficientemente formulada, la dificultad de interpretar la respuesta es más ostensible. Pero un veredicto resulta contrario a los ordenamientos del juicio penal no sólo en cuanto afirma sino en cuanto niega, si tanto en el primero como en el segundo supuesto la respuesta se produce sobre una cuestión incompleta; porque si no se debe ignorar por qué se declara responsable, también hay que saber por qué se absuelve o no se admite la responsabilidad.

"El juzgamiento es de orden público, de interés social, y en materia de nulidades no puede haber discriminaciones. De modo que la omisión substancial que se advierte en un determinado juicio es necesario corregirla sin atender a otro género de consideraciones, pues un proceso es nulo no porque el resultado final sea favorable o adverso a la persona que se juzga, sino porque se adelantó con prescindencia de las formalidades o trámites establecidos por la Ley; y porque las nulidades no se han enumerado en el Código en forma condicionada o como medio de defensa personal, sino como una garantía de la justicia, que tanto se cumple al condenar como al absolver".

Esta doctrina ha seguido inalterable como puede verse en el fallo de 10 del mes próximo pasado, de la cual, aún a riesgo de abundar sobre el tema, se va transcribir el siguiente párrafo:

"El Jurado no califica el delito en su denominación jurídica; determina la responsabilidad en cuanto al hecho y a las circunstancias que lo constituyen de conformidad con la calificación que de él se haga en el auto de proceder, sin darle denominación jurídica. De allí que, cuando el cuestionario no se elabora de acuerdo con las normas de la disposición citada, el veredicto no es el

esultado de un examen de los cargos formulados i responde a la "convicción íntima de los hechos respecto de los cuales se los interroga" porque on los hechos —como expresa la Ley— sobre los cuales afirman o niegan la responsabilidad, y no puede existir juzgamiento ni calificación de la responsabilidad cuando las preguntas del cuestionario no se refieren a hechos sino a calificación genérica o jurídica del delito".

Pero como el opositor asevera que la doctrina es nueva, que antes existía otra, abandonada hoy, y según la cual "las nulidades están establecidas en favor del procesado y sólo para evitar que se le juzgue con arbitrariedad", conviene registrar aquí la parte pertinente de la fechada el 2 de agosto de 1948. Allí se dijo: "Y, es necesario repetirlo, únicamente cuando la informalidad es sustancial o afecta vitalmente el procedimiento previo a la decisión, en manifiesto daño del acusado **o de parte legítima** (subraya la Sala), es cuando puede decirse que el imperio de la constitución se ha quebrantado, y es preciso restablecerlo".

O de parte legítima.—Conviene no perder de vista la extensión de la doctrina, porque ella le quita toda su fuerza al argumento de que sólo es nulo un proceso cuando se menoscaba el derecho del procesado, que es una parte del juicio penal, pero no la única, puesto que el Ministerio Público, que representa los intereses de la sociedad y cuya misión estriba en velar porque se castiguen los delitos, es decir, en que se cumplan los fines de la justicia, es parte legítima y no está colocada, por lo tanto, en condiciones de inferioridad en el proceso penal, que es una relación de derecho y no actuación unitaria en donde lo único que prevalezca sea la situación de quien con el delito violó el orden social establecido.

El artículo 26 de la Constitución consagra, es cierto, un mínimo de garantías para el acusado; pero también atiende a todos los estados substanciales del procedimiento, precisamente por constituir, como se acaba de expresar, una relación en la que obran varios derechos igualmente respetables y dignos de ser amparados.

Al encabezamiento de este artículo ("Nadie podrá ser juzgado..."), no puede dársele una interpretación precaria o parcial, porque el juzgamiento es de orden público y porque las formas propias del juicio no están establecidas en provecho exclusivo del infractor.

Esa norma hace parte de un título, que comenta el doctor Tulio Enrique Tascón, en su libro "Derecho constitucional colombiano", diciendo que es deficiente porque en él no se trata sólo de los derechos civiles sino de los derechos públicos (pág. 69, obra citada). Y en cuanto a las garantías, al ser sociales deben comprender a todos los miembros de la comunidad, pues han sido dictadas, como dice el señor Samper, "en bien de los asociados, que es el objeto y tendencia de la reunión y vida sociales" (Derecho Público, tomo 2º, pág. 46).

Si los Jurados deben decidir sobre hechos y no sobre cuestiones de derecho, las preguntas que se sometan a su consideración deben versar sobre los primeros y no sobre las segundas. Así expuesta la razón parece una perogrullada; pero hay ocasiones en que en el raciocinio no resulta fácil expresar de otra manera menos simple las verdades cuando ellas son elementales. Porque si en los juicios en que interviene el Jurado la apreciación de la actividad del delincuente, con respecto a los actos por él realizados está a cargo de los jueces establecidos con esa finalidad, se desnaturalizaría su función si en los cuestionarios se les plantearan aspectos de orden jurídico que corresponde examinar y decidir al juez de derecho, acomodando la Ley, si acepta el veredicto, a la determinación del Jurado sobre las realidades que lo integran y que sólo puede definir cuando la respuesta no contraviene los preceptos de la Ley.

Por lo tanto, el argumento de que preguntándole al Jurado por el delito, cuando en su misma acepción etimológica va envuelta la idea se propicia su función, no es aceptable, por ser falsa la conclusión, desde luego que más se propicia interrogándolo sobre materias perceptibles a los sentidos, como son los hechos, y no sobre las formas jurídicas de los mismos. De no ser ello así también podrían versar las preguntas sobre entes jurídicos concretos, como por ejemplo sobre parricidio, cuya etimología es bien representativa, aunque existen dentro de esta figura delictuosa el parricidio llamado propio y el impropio, uno y otro comprendidos en el término "asesinato", calificado por los tratadistas de expresión ondulante.

De manera que al no haberse incluído en la serie de cuestiones, respecto de todos los procesados la riña imprevista que presidió su actividad delictuosa, ni respecto de Ricardo Buitrago y Evaristo Rojas el fenómeno previsto por el ar-

tículo 385 del C. P., que se funda —sea el momento de observarlo— en una especie de transacción de pruebas, se omitió una fórmula del juicio que no sólo por ser propia debe repararse, sino porque su falta desquiciaría el juzgamiento, que es, ya se dijo, de orden público y que no está vinculada al interés de una sola de las partes.

Esas modalidades del homicidio fueron materia de los cargos formulados en el auto de proceder, y debieron, por lo mismo, figurar en el cuestionario o serie de preguntas sometidas a la consideración del Jurado.

Que al negar el delito quedaran implícitamente negadas todas las modalidades del mismo, es argumento que prueba demasiado, porque con igual razón en otro ilícito bastaría contestar negativamente a la pregunta en que se le enuncia jurídicamente, para que la misma suerte corrieran todos los elementos que le dan gravedad y los especifican.

¿Cómo asegurar que el veredicto no hubiera variado si no se hubiera prescindido en el cuestionario de un elemento modificador del delito, como por ejemplo el de la riña o el de la complicidad? Pero estas disquisiciones son impertinentes en el recurso de casación, en donde lo único que cabe averiguar es si la transgresión legal es de tal naturaleza que puede sembrar la incertidumbre en el resultado final del debate.

Prospera, por lo dicho, la causal invocada en la demanda, ampliada por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, cuya tesis en lo tocante a que las nulidades constitucionales tienen una fuente única, ya ha sido rebatida. Podría, sin embargo, agregarse que los jueces no adquieren competencia porque los procesos sean perfectos. Supóngase que en uno de ellos no se hubiera oído al Ministerio Público, informalidad no prevista como motivo de invalidez en los artículos 198 y 199 del C. de P. P.; ¿podría afirmarse que ese vicio del procedimiento, indudablemente grave, tiene algo que ver con la competencia, existiendo respecto de ella reglas precisas que dicen cómo se adquiere y se pierde? Parece que basta enunciar la pregunta para resolver, si es que no está resuelto ya, el problema presentado a la consideración de la Sala con un encomiable espíritu de innovación por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal.

Por lo expuesto, en vista de los puntos sustentados en la demanda, acogida por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal,

RESUELVE:

1º Casar la sentencia de 17 de mayo del año en curso del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo; y

2º Declarar nulo lo actuado a partir del auto, inclusive, que señaló fecha para el sorteo de Jurados.

Al darle cumplimiento a la anterior decisión, el Juez tendrá en cuenta las modalidades de los delitos atribuídos a Ricardo Buitrago y a Evaristo Rojas (complicidad correlativa y riña imprevista) para si es el caso de declarar que la acción penal con respecto a ellos ha prescrito, así lo resuelva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — Julio E. Argüello R., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DELITO DE RESPONSABILIDAD

Como se trata de resolver sobre la imputación que se hace a un funcionario público —Juez del Circuito— esta calidad es la que determina la competencia tanto del Tribunal en primera instancia como de la Corte en segunda, pues sin la demostración previa de esta calidad —empleado público— ni el Tribunal ni la Corte tienen jurisdicción y competencia para dictar providencia alguna sobre el particular; ésta, por otra parte, es la jurisprudencia de la Sala repetida en abundantes fallos y que, en el presente caso, debe aplicarse revocando la providencia consultada para que el Tribunal allegue a los autos el Decreto de nombramiento, el acta de posesión y el certificado sobre ejercicio del cargo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diciembre diez de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, la providencia de trece de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, por medio de la cual se declara que no hay lugar a proseguir la acción penal y se ordena cesar el procedimiento en contra del doctor Isaac Veloza F., Juez Penal del Circuito de Santander (Cauca), acusado por varios cargos.

Concepto del Procurador

El Agente del Ministerio Público, en su concepto de veintiseis de julio del presente año, expresa:

"La Procuraduría no entra a considerar el fondo del presente asunto, pues anota que falta en el proceso no solamente el comprobante de la calidad de Juez que concurre en el acusado sino también el del desempeño del cargo, es decir, las copias del Acuerdo de nombramiento y del Acta de posesión, así como la certificación sobre el ejercicio del cargo durante el lapso a que se refieren los hechos investigados.

"Sin la demostración de tales circunstancias ni el H. Tribunal en primera instancia ni la H. Corte en segunda aparecen como competentes para conocer del negocio.

"Así lo tiene establecido la H. Corte en reiteradas ocasiones (sic) que no hay necesidad de copiar aquí por ser demasiadamente conocidas.

"En tal virtud la Procuraduría solicita atentamente a la H. Corte que REVOQUE la providencia del H. Tribunal Superior de Popayán que ha sido materia de la consulta, y ordene la devolución del proceso a dicha oficina para que, obtenida la prueba omitida, dicte el fallo que creyere del caso".

Se considera:

Como se trata de resolver sobre la imputación que se hace a un funcionario público —Juez del Circuito— esta calidad es la que determina la competencia tanto del Tribunal en primera instancia como de la Corte en segunda, pues sin la demostración previa de esta calidad —empleado público— ni el Tribunal ni la Corte tienen jurisdicción y competencia para dictar providencia alguna sobre el particular; ésta, por otra parte, es la jurisprudencia de la Sala repetida en abundantes fallos y que, en el presente caso, debe aplicarse revocando la providencia consultada para que el Tribunal allegue a los autos el Decreto de nombramiento, el Acta de posesión y el certificado sobre ejercicio del cargo.

"La calidad de funcionario público —ha dicho la Corte— es requisito necesario, de plena demostración, para que pueda configurarse el delito de responsabilidad. Es de la esencia de este delito que la persona que lo realiza tenga esa investidura oficial, y es por otra parte fundamental su

comprobación para que los juzgadores tanto de primera como de segunda instancia puedan dictar providencias de fondo en el negocio. Sin la demostración de estos requisitos, nombramiento, posesión y ejercicio del cargo de funcionario público, ni el Tribunal puede fallar en primera instancia, ni la Corte tiene jurisdicción y competencia para la segunda, por no estar comprobada la calidad de funcionario público para el conocimiento del delito". (G. J. pág. 222, T. LXXVII).

Como en el caso **sub judice** no se ha demostrado que el doctor Isaac Veloza F. tenía la calidad de Juez Penal del Circuito de Santander, la providencia consultada debe revocarse para que se cumplan las formalidades legales de que se ha hecho mérito.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del colaborador, de acuerdo con él REVOCA la providencia consultada, para que se cumpla con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — Julio E. Argüello, Secretario.

PRESCRIPCION

Como el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción para los delitos que no están reprimidos con sanciones privativas de la libertad, se opera en el término de cinco años (artículo 105, inciso 4º del C. P.), es indudable que la aplicación de este principio es de imperativo cumplimiento, por haber transcurrido un término mayor de cinco años al tiempo señalado por la ley para que se cumpla el fenómeno de la prescripción de la acción penal, y así habrá de decretarse.

El Tribunal, en la providencia que se revisa, "declara la cesación de todo procedimiento", lo cual no está en un todo de acuerdo ni con el mandato del artículo 153 del C. de P. P., ni con la doctrina de la Corte. La declaración versa sobre los hechos imputados, o sobre inocencia del procesado, o sobre consideraciones de que la ley no considera el hecho como infracción penal, o que la acción no podía iniciarse o proseguir, y es como consecuencia de esto que se ordena cesar todo procedimiento.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diciembre diez de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, la providencia de veinticuatro de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco, por la cual se dispone que "por haber prescrito la acción penal, declárase la cesación de todo procedimiento contra el doctor **Jorge Fadul Bitar**, por el delito de abuso de autoridad y otras infracciones".

Hechos

El Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Cartagena con fecha veintiseis de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho pidió se adelantara la presente investigación para poder averiguar la responsabilidad en la cual hubiera incurrido el Juez Primero Penal de Sincelejo, por haber dejado transcurrir más de ciento ochenta días sin dictar el correspondiente auto de proceder en las diligencias sumarias adelantadas contra Cornelio Pinedo, José Calle Guzmán y otros, por los delitos contra el sufragio.

Con el Decreto de nombramiento, Acta de posesión y certificación sobre el ejercicio del cargo, se comprueba la calidad de funcionario de la Rama Jurisdiccional que en su condición de Juez del Circuito —en ese entonces— tenía el acusado Jorge Fadul Bitar.

En providencia de diez y nueve de enero del presente año, la Corte revocó el auto de sobreseimiento definitivo dictado en este negocio, por no estar plenamente demostrados los requisitos exigidos por la ley para dictar una providencia de esta naturaleza, y, por otra parte, se abstuvo de dar aplicación al contenido del artículo 153 del C. de P. P. enviando el negocio al Tribunal de origen para que en primera instancia resolviera lo que fuera legal. Así se hizo, y hoy la Corte, por consulta, revisa la providencia dictada por dicha Entidad.

Concepto del Procurador

"En la diligencia de inspección ocular —dice la Procuraduría— que corre al folio 78 del informativo, se logró verificar que el cuestionado proceso sufrió sucesivas demoras en el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo, desde el 21 de noviembre de 1947 hasta el 23 de agosto de 1948, fecha en que se les concedió la libertad provisional a los sindicados, e igualmente aparece acreditado en el informativo que durante ese lapso estuvo al frente del Juzgado el doctor Jorge Fadul Bitar (fs. 10, 11, 13 y 14).

"Con todo, como este Despacho lo anotó en su Vista de 19 de noviembre del año pasado, la diligencia de inspección ocular, por sí sola, resulta deficiente para precisar si las demoras amerita-

das son imputables al Juez Fadul Bitar, o si por el contrario de ellas debe responder el Secretario del Juzgado, pues se olvidó anotar en dicha diligencia las constancias y actuaciones de la Secretaría, y por ello resulta imposible establecer si el proceso permaneció inactivo en esta última oficina o en la mesa del Juez.

"Sin embargo, cualquier diligencia en orden a precisar estos hechos resultaría en la actualidad improcedente, ya que desde la fecha en que cesó la última demora han transcurrido más de cinco años, tiempo suficiente para que opere el fenómeno de la prescripción, al tenor de los artículos 105 y 171 del Código Penal.

"De tal suerte que la decisión que corresponde tomar es la indicada en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, como acertadamente lo hizo el Tribunal.

"Por lo expuesto, la Procuraduría solicita atentamente de la H. Corte la confirmación de la providencia consultada".

Se considera:

De conformidad con la norma del artículo 105 del Código Penal, la acción penal se halla prescrita por el transcurso del tiempo. El hecho por el cual se adelantó la presente investigación, está comprendido en el Título de los delitos contra la Administración Pública, bajo la denominación de los abusos de autoridad y otras infracciones, y en su forma específica para efectos de la represión, dentro del artículo 127 de la Ley Sustantiva, que contempla como sanción principal una multa de diez a trescientos pesos, cuando el hecho no tiene pena más grave.

Como el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción para los delitos que no están reprimidos con sanciones privativas de la libertad, se opera en el término de cinco años (artículo 105, inciso 4º del C. P.), es indudable que la aplicación de este principio es de imperativo cumplimiento, por haber transcurrido un término mayor de cinco años al tiempo señalado por la ley para que se cumpla el fenómeno de la prescripción de la acción penal, y así habrá de decretarse.

El Tribunal, en la providencia que se revisa "declara la cesación de todo procedimiento", lo cual no está en un todo de acuerdo ni con el mandato del artículo 153 del C. de P. P., ni con la doctrina de la Corte. La declaración versa sobre los hechos imputados, o sobre inocencia del procesado, o sobre consideraciones de que la ley no considera el hecho como infracción penal, o que la acción no podía iniciarse o proseguir, y es como consecuencia de esto que se ordena cesar todo procedimiento.

"La providencia que se dicta con sujeción a lo dispuesto por el artículo 153 del C. de P. P. —ha dicho la Corte— en su parte resolutiva debe contener dos ordenamientos: el primero hace referencia a la declaratoria de que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción no puede proseguirse; y el segundo que es una conclusión de la primera afirmación, debe contener la orden de cesar todo procedimiento en contra del sujeto que aparece como presunto sindicado. La omisión de cualquiera de estos requisitos debe subsanarse por la entidad que revisa el correspondiente fallo, para que esa providencia se ciña a los términos estrictos de la ley".

Como el Tribunal no dio cumplimiento estricto a estos principios, habrá de corregirse el error.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, de acuerdo con él,

RESUELVE:

a) Declarar que la acción penal no puede proseguirse por hallarse prescrita; y,

b) Ordenar cesar todo procedimiento en contra del doctor Jorge Fadul Bitar, por un delito de abuso de autoridad y otras infracciones.

En estos términos queda reformada la providencia objeto de la consulta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — Julio E. Argüello R., Secretario.

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL .— DESACUERDO DE LA SENTENCIA CON EL VEREDICTO DEL JURADO

1.—En relación con el veredicto del Jurado, sólo dos causales de casación pueden alegarse: el desacuerdo de la sentencia con esa pieza del proceso (causal 3ª) y el haberse dictado el fallo sobre una respuesta evidentemente contradictoria (causal 7ª). Dictaminar si los hechos se han interpretado o apreciado erradamente, en cualquiera de las cuatro hipótesis contempladas en el ordinal 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal (causal 2ª), es materia reservada a los procesos en que intervienen exclusivamente los jueces de derecho, porque implica el examen jurídico de las pruebas y el conocimiento tanto de los elementos que constituyen el delito y determinan, modifican o excluyen la responsabilidad de los autores o partícipes, como de las circunstancias que influyen en la determinación de la sanción, cuestiones que en los juicios tramitados con la intervención del Juri se sustraen a la crítica del Juez sentenciador, obligado a respetar la estimación de aquél, con la sola salvedad de ser ella claramente contraria a la realidad procesal.

2.—Son los artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal —no el 362 del Código Penal— los que facultan a los jueces de instancia para declarar el veredicto contrario a la evidencia de los hechos, cuando así apareciere claramente de autos, y para convocar un nuevo Jurado que los califique en forma definitiva.

3.—Al contestar el Juri que N. N. "SI ES RESPONSABLE DE LAS HERIDAS QUE CAUSARON LA MUERTE A Z. Z., PERO SIN INTENCION NI PROPOSITO DE MATARLO", no hizo otra cosa que reconocer la existencia de un homicidio preterintencional. Ni la segunda parte de la contestación ("Y EN MOMENTO DE RECIBIR GRAVES ULTRAJES CONTRA SU HONOR Y REPUTACION DE HOMBRE"), ni la tercera ("PERO SI PUDO TENER INTENCION DE HERIRLO"), podían alterar el contenido sustancial de la primera.

4.—En el fondo, todas las causales de casación entrañan una violación de la legislación positiva, sustantiva o de procedimiento, pero cada una se refiere a un determinado modo de contrariar los ordenamientos legales. En materia penal, la causal 1ª ofrece dos formas: interpretación errónea o indebida aplicación de la ley. En ninguna de ellas incurrió el Tribunal, al dictar la sentencia que ha sido objeto del recurso, pues entendida la calificación del Juri en el sentido de un homicidio perpetrado en defensa legítima del honor, lo procedente es absolver al procesado. No fue la ley, la mal interpretada en el caso de autos, sino el veredicto de los jueces de conciencia, sin que pueda repararlo por no haber aducido el recurrente la respectiva causal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal—Bogotá, doce de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Tunja recurrió en casación contra la sentencia de fecha 13 de febrero de 1954, por la cual se confirmó la proferida por el Juzgado Tercero Superior del mismo Distrito Judicial, en que se absolvió a Luis Ernesto González García del delito de homicidio en la persona de Nacianceno Silva.

Tramitado legalmente el recurso, la Sala procede a decidir sobre su mérito mediante las consideraciones siguientes.

Hechos y actuación procesal

Resulta de autos que el 17 de abril de 1950, en el dormitorio de la Penitenciaría Central de Tunja, Luis Ernesto González García rechazó los requerimientos de carácter erótico-sexual que le hiciera su compañero de prisión Nacianceno Silva, por lo que éste calificó a aquél con los términos de "marica" y otros semejantes; que el consiguiente reclamo de González fue respondido por Silva con reafirmación de las injurias y golpes de toalla en el rostro, y que el procesado reaccionó contra el ofensor causándole cuatro heridas con instrumento corto-punzante que a las pocas horas le produjeron la muerte.

Llamado González a responder en juicio, se le formuló al Juri esta cuestión única:

"¿El procesado **Luis Ernesto González García,** menor de veintiún años de edad en la época del delito, natural de Rionegro, hijo de Joaquín García y Carmen González, soltero y albañil, es responsable si o nó, de haber herido con arma cortante y punzante y con intención o propósito de matar a Nacianceno Silva, a consecuencia de cuyas lesiones murió, hecho que tuvo ocurrencia el día diez y siete de abril de mil novecientos cincuenta, en el edificio de la Penitenciaría Central de esta ciudad?"

El Jurado respondió:

"Sí es responsable de las heridas que causaron la muerte a Nacianceno Silva, pero sin intención ni propósito de matarlo y en momento de recibir graves ultrajes contra su honor y reputación de hombre, pero sí pudo tener intención de herirlo".

Ordenó el Juzgado de primera instancia la convocatoria de nuevo Jurado, por estimar que "en la presente ocasión no hay ni afirmación ni negación de la responsabilidad de Luis Ernesto González García y por consiguiente el Juez carece de base para dictar sentencia bien sea ella condenatoria o absolutoria"; pero el Tribunal, en vía de apelación, revocó lo resuelto, y dispuso "devolver el negocio al Juzgado para que se dicte sentencia de acuerdo con el veredicto". Fue así como se pronunció el fallo absolutorio que, confirmado en consulta por el Tribunal, dio lugar al recurso extraordinario en cuya virtud han subido los autos a la Corte.

La demanda

Se invocan las causales 1ª y 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento: ser la sentencia violadora de la ley penal, por indebida aplicación de la misma, y haberse interpretado erradamente los hechos en su pronunciamiento.

Con relación a la causal 1ª dice el recurrente:

"Si no es interpretable lo afirmado por el Tribunal de conciencia en el sentido de que se considere al reo como responsable de un homicidio ultraintencional sancionado por el artículo 365 del C. P., disposición sustantiva que en ese caso resultaría violada con la sentencia acusada, por omitir en ella la respectiva consideración; si no es interpretable en tal sentido aquel fallo de hecho, repito, entonces él no constituye veredicto propiamente dicho, por lo contradictorio, por la obscuridad del sentido entre sus distintas cláusulas. Reaccionar a puñaladas mortales al impulso del ultraje de que habla el Jurado o del intenso dolor, revela por sí el propósito de matar. Y si no hay veredicto que pueda servir de fundamento o base jurídica de la sentencia, absolutoria o condenatoria, la acusada ahora resulta improcedente. De todas suertes es violatoria de la ley penal.

"...No habiendo examinado el Tribunal si hubo o no contradicción en la decisión del Jurado, para concluir que sí la hubo, ni habiendo definido que hubo injusticia notoria al afirmar que el homicidio se ejecutó por razón de ultrajes al honor y reputación del hombre, al absolver al procesado se violó también la disposición sustantiva del artículo 362 del C. P."

Con referencia a la causal 2ª arguye:

"...acontece que el H. Tribunal fallador, para formar el criterio que lo llevó a absolver al procesado atribuye a la confesión de éste la alegación de una causa de exculpabilidad distinta de la que en verdad fue planteada entonces.

"Así vemos cómo González García dice en su indagatoria (el elemento que se toma como prueba fundamental), refiriéndose a Silva, su víctima, que luego de tratarlo éste de 'marica', echó de para atrás y que en seguida Silva se le fue encima otra vez a darle; 'luego, agrega, se quitó una toalla que tenía en el cuello y con la mano izquierda me daba toallazos por la cara; acto seguido metió la mano al bolsillo derecho del pantalón tratando de sacar algo, pero no le ví que sacara nada; yo retrocedía y fue cuando oí una voz que me dijo: 'tome defiéndase', yo alargué la mano hacia atrás sin darle la espalda a Silva y recibí una arma como una puñaleta y como ve-

ía atacándome me le fui encima y resultó he-
do' (f. 72, cd. 1).

"Y acontece que el jurado en su respuesta no
e pronunció aceptando esa alegada defensa sub-
etiva, en relación con peligro de la vida o la in-
egridad física de González García, sino respecto
e 'graves ultrajes contra su **honor y reputación**
e hombre' (subrayo).

"Estos ultrajes de palabra no los presenta el
rocesado como causa excicatriz (sic) de su reac-
ión homicida (al contrario dice haberlos recibi-
do pacientemente —sic—), en primer lugar, en
egundo lugar, entre esas expresiones que creyó
ofensivas y las actitudes de Silva, que aquél
dice tomar como verdadero motivo de temor de
que éste continuara atacándolo con la **toalla** o
con ese 'algo' que creyó sacar del bolsillo (pero
que no 'sacó') medió un lapso considerable, no
pudiéndose por ello considerar que se repelía el
'ultraje contra su honor y reputación de hom-
bre' a que se refiere el jurado, ni menos que se
obraba dentro de la **actualidad** de que habla el
artículo 25 (num. 2º) del C. P., ni para evitar
'violencia' alguna de que necesitara defenderse,
pues decirle a una persona marica no es ese acto
violento de que habla aquella disposición legal.
El Tribunal, entonces, atribuye a la indagatoria
y a las declaraciones de testigos un valor proba-
torio que no tienen. El H. Tribunal funda su sen-
tencia en cosa distinta de la expuesta por Gonzá-
lez como causa de su reacción (toallazos y ade-
mán de sacar del bolsillo una cosa que no sacó)
y de lo mismo dicho por los declarantes Clodo-
miro Rueda y José Cristino Báez (fs. 14 y 15):
aquellas palabras de Silva (marica, hijo de p.),
que no son la violencia que la ley toma como
motivo de justificación, ni fueron alegadas por el
procesado, se repite, como determinantes de su
actitud homicida, pero ni pudieron ser repelidas
en la 'actualidad' respectiva (v. exposición del
citado fallador de derecho, fs. 13 a 16, cd. 3º)".

Concepto de la Procuraduría

El Colaborador Fiscal de la Sala manifiesta que no prohija el libelo en cuanto aduce la causal 2ª de casación, por no ser ella procedente en los juicios que se tramitan con intervención del Juri, según la jurisprudencia de la Corte; y añade que no encuentra base para ampliar la demanda por el concepto de la causal 1ª, porque "la sentencia absolutoria acusada es la interpretación jurídica correcta del veredicto del Jurado".

Consideraciones de la Sala

El señor Fiscal del Tribunal de Tunja ha confundido el **veredicto contraevidente** con el **veredicto contradictorio.** En un pasaje de la demanda dice: "si no es interpretable en tal sentido (de homicidio preterintencional) aquel fallo de hecho, repito, entonces él no constituye veredicto propiamente dicho, **por lo contradictorio**". En otro alega: "Entre las obligaciones que tiene el Tribunal al proferir la respectiva sentencia, está la de examinar si los términos del veredicto **son contradictorios o contrarios a la evidencia o a las pruebas procesales,** y en caso afirmativo declararlo así". Y más adelante: "Entonces el fallo de hecho que acepta la ofensa como razón para absolver, es **contraevidente**; y al tomarlo el Tribunal como base de su sentencia absolutoria, yerra en su interpretación o apreciación".

Por esa confusión se explica que el recurrente alegara ante el Tribunal lo que únicamente podía alegar ante la Corte, como fundamento de la causal 7ª: antagonismo del veredicto; y que haya aducido ante la Corte lo que únicamente podía aducir ante el Tribunal, como objeto propio de las instancias: la contraevidencia del mismo.

En relación con el veredicto del Jurado, sólo dos causales de casación pueden alegarse: el desacuerdo de la sentencia con esa pieza del proceso (causal 3ª) y el haberse dictado el fallo sobre una respuesta evidentemente contradictoria (causal 7ª). Dictaminar si los hechos se han interpretado o apreciado erradamente, en cualquiera de las cuatro hipótesis contempladas en el ordinal 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal (causal 2ª), es materia reservada a los procesos en que intervienen exclusivamente los jueces de derecho, porque implica el examen jurídico de las pruebas y el conocimiento tanto de los elementos que constituyen el delito y determinan, modifican o excluyen la responsabilidad de los autores o partícipes, como de las circunstancias que influyen en la determinación de la sanción, cuestiones que en los juicios tramitados con la intervención del Juri se sustraen a la crítica del Juez sentenciador, obligado a respetar la estimación de aquél, con la sola salvedad de ser ella claramente contraria a la realidad procesal.

Desechada, por improcedente, la **causal segunda**, pasa la Sala a calificar los cargos en que se sustenta la **causal primera**, no sin advertir que el punto de referencia continúa siendo el mismo: la respuesta del Juri.

Primer cargo

Según el demandante, con la sentencia **sub judice** se violó el artículo 362 del Código Penal, porque se absolvió al procesado "no habiendo examinado el Tribunal **si hubo o no contradicción** en la decisión del Jurado, ni habiendo definido que hubo **injusticia notoria** al afirmar que el homicidio se ejecutó por razón de ultrajes al honor y reputación del hombre" (otra vez aquí la confusión prenotada).

La referida norma dispone: "El que con el propósito de matar ocasione la muerte a otro, estará sujeto a la pena de ocho a catorce años de presidio". Pero no fue violada esta disposición, ni podía serlo, por el concepto expresado, pues son los artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal —no el 362 citado— los que facultan a los jueces de instancia para declarar el veredicto contrario a la evidencia de los hechos, cuando así apareciere claramente de autos, y para convocar un nuevo Jurado que los califique en forma definitiva.

Está, pues, fuera de lugar el primero de los motivos en que esta causal ha intentado fundarse, y no puede, en consecuencia, admitirse.

Segundo cargo

Se arguye que, con el fallo acusado, se violó el artículo 365 del Código de las Penas, porque —aceptada la calificación dada a los hechos por los jueces de conciencia— no podía el Tribunal basar en ella la absolución del procesado, sino su condena como responsable de un homicidio ultraintencional.

Al respecto dice el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal:

"Al declarar el jurado que el procesado 'sí es responsable de las heridas que causaron la muerte a Nacianceno Silva, pero sin intención ni propósito de matarlo', está negando la responsabilidad delictiva del acusado, dado el cuestionario que contesta. Y es tal la intención del Jurado en el sentido de relevar de responsabilidad punible a Luis Ernesto González García, que agrega que éste obró 'en momento de recibir graves ultrajes contra su honor y reputación de hombre'.

"Hasta aquí el veredicto no ofrece ni ha ofrecido ninguna dificultad para ser interpretado. Los juzgadores de instancia y las partes han convenido en sostener que de tales términos sólo puede proceder un fallo absolutorio. Mas la frase final del veredicto, 'pero sí pudo tener intención de herirlo', ha llevado al Fiscal demandante a la conclusión de que la sentencia debe contener los factores y las conclusiones de una condenación por homicidio ultraintencional.

"La Procuraduría encuentra que la locución dubitativa 'pero sí pudo tener intención de herirlo', niega, que no afirma, la misma intención. La frase en cuestión, lógicamente, observando las reglas de la sintaxis y sin adulterar el pensamiento del **Juri**, puede entenderse así: 'Pero sí pudo tener intención de herirlo, de lo cual no estamos completamente convencidos'. Es decir, el jurado no se atrevió a afirmar que el procesado sí había tenido intención de herir; y a falta de esta razón afirmativa, al juzgador de derecho no le queda otro recurso que el de interpretar que no hubo la tal intención por cuanto el jurado no la encontró, y proceder, como bien lo hizo el Tribunal, a absolver al procesado".

La Sala expresa su conformidad con el parecer del recurrente y disiente del que ha emitido su Colaborador Fiscal. Sólo que aquél no invocó la causal 3ª, que era la llamada a prosperar: hallarse la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

Al contestar el Juri que Luis Ernesto González García, "SI ES RESPONSABLE DE LAS HERIDAS **que causaron la muerte a Nacianceno Silva,** PERO SIN INTENCION NI PROPOSITO DE MATARLO", no hizo otra cosa que reconocer la existencia de un homicidio preterintencional. Ni la segunda parte de la contestación ("Y EN MOMENTO DE RECIBIR GRAVES ULTRAJES CONTRA SU HONOR Y REPUTACION DE HOMBRE"), ni la tercera ("PERO SI PUDO TENER INTENCION DE HERIRLO"), podían alterar el contenido sustancial de la primera.

Las argumentaciones con que el Tribunal revocó el auto en que el señor Juez Tercero Superior de Tunja ordenó la convocatoria de un nuevo Jurado que calificara los hechos y confirmó después el fallo absolutorio de primer grado, no habrían podido ser más inconsistentes. Como lo dijo el Fiscal Colaborador de ese despacho, "Las expre-

ones que el Jurado añade en aquel fallo, de que l caso tuvo lugar **'en momento de recibir graves ltrajes contra su honor y reputación de hom-re'**, no constituyen circunstancias justificativas configurantes de una legítima defensa entre tras razones porque el ultraje que se afirma no uvo (el Jurado no afirma este factor), la con-lición de 'injusto' que exige el numeral 2º del rtículo 25 del C. P., y porque no hubo propor-ionalidad: la víctima, en el trance en que acae-ió el homicidio de que se trata, hizo uso de una oalla; el victimario reaccionó con puñal. Ape-nas sí son esos añadidos reveladores de la cir-cunstancia de menor peligrosidad apuntada en el numeral 3º del artículo 38 ibidem porque indican que el procesado González García obró al impulso de una 'pasión excusable', de una 'emoción' o 'en ímpetu de ira' ".

A las anteriores razones del Ministerio Públi-co, el Tribunal contestó con muy poca fortuna, confundiendo los elementos de **gravedad, injus-ticia y proporcionalidad** en la legítima defensa, para reducir al primero los dos últimos y con-cluir con que el Jurado había declarado, en fa-vor de González García, la causal de justifica-ción consagrada en el ordinal 2º del artículo 25 del Estatuto Punitivo. Que "el ultraje grave a la honra de una persona y a su reputación nunca pueden ser justos, o, al menos, la regla general es que sean injustos" —dice la Corporación sen-tenciadora— y después añade: "el jurado definió una legítima defensa del honor y no de la vida... y entonces, el elemento de proporcionalidad no hay que medirlo por las armas físicas, incapaces de vulnerarlo muchas veces, sino por la magnitud de la ofensa; y ocurre que en el caso de autos ella fue grave y así lo definió el jurado, por lo cual la proporcionalidad existe".

En el fondo, todas las causales de casación en-trañan una violación de la legislación positiva, sustantiva o de procedimiento, pero cada una se refiere a un determinado modo de contrariar los ordenamientos legales. En materia penal, la cau-sal 1ª ofrece dos formas: interpretación errónea o indebida aplicación de la ley. En ninguna de ellas incurrió el Tribunal, al dictar la sentencia que ha sido objeto del recurso, pues entendida la calificación del Juri en el sentido de un homici-dio perpetrado en defensa legítima del honor, lo procedente era absolver al procesado. No fue la ley, de consiguiente, la mal interpretada en el caso de autos, sino el veredicto de los jueces de conciencia que —como se ha explicado antes— en manera alguna reconocieron aquella circuns-tancia justificativa, sino la responsabilidad de González García en la supresión de la vida de Nacianceno Silva, ocasionada ultraintencional-mente. De esa equivocada interpretación —sin el menor respaldo, por otra parte, en la realidad del proceso— surgió el desacuerdo de la sentencia con el veredicto, que infortunadamente no pue-de reparar la Corte por no haber aducido el re-currente la respectiva causal y no haber ampli-ado el señor Procurador Delegado la demanda, para subsanar el vacío.

Tampoco es válido por tanto, el segundo de los cargos relacionados en la causal 1ª.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Pe-nal— administrando justicia en nombre de la Re-pública de Colombia y por autoridad de la ley, previa audiencia de su Colaborador Fiscal, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Tunja de fecha trece de febrero de mil nove-cientos cincuenta y cuatro, por la cual se confir-mó la proferida por el Juzgado Tercero Superior de ese Distrito Judicial, en que se absolvió a Luis Ernesto González García del delito de homicidio de que trata este proceso.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Za-fra — Julio E. Argüello, Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD

Las demoras se imputan al funcionario cuando existe de parte de éste una conducta maliciosa o negligente en el desempeño de los negocios encomendados a su cargo, pero cuando el retardo u omisión en pronunciar determinada providencia no dependen de su voluntad sino de factores ajenos a ella, como es el hecho de traspapelarse o confundirse el negocio, el dolo o la intención de violar la ley —en este caso— no tiene ninguna estructuración jurídica por ausencia del hecho que pueda generarlos, máxime cuando esa negligencia, si la hubo, no le es imputable a él sino a su inmediato colaborador.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diciembre doce de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, consulta la providencia de ocho de julio del presente año, por la cual se sobresee definitivamente en favor de **Gerardo Arteaga Vega**, sindicado por un delito de "los abusos de autoridad y otras infracciones".

Hechos

En el Juzgado Primero Penal del Circuito de la ciudad de Ipiales, la señora Julia Lara presentó denuncia criminal contra el señor Miseno Cuaspud, por la demolición de una casa de habitación "cubierta de paja y en estado de perfecta conservación", inmueble que debía conservarse hasta el momento en que el comprador hiciera la cancelación del valor del terreno comprado a la denunciante y al señor Segundo Muñoz.

Presentada la denuncia, se declaró abierta la investigación, y en orden a su perfeccionamiento se dictó el auto de nueve de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, en el cual se disponía la práctica de algunas diligencias Esta providencia se notificó por estados el veintinueve de noviembre del mismo año. El negocio permaneció inactivo en la Secretaría del Juzgado desde la fecha de la notificación del auto anterior, hasta el veintinueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve, en que se lee esta constancia: "Doy cuenta al señor Juez con este negocio.—Daniel S. Guerrero, Secretario". De esta fecha hasta el veintiuno de agosto de mil novecientos cincuenta no hubo actuación alguna y al entrar el doctor Arteaga Vega en calidad de Juez interino, el Secretario del Juzgado informó: "Doy cuenta de este negocio al señor Juez interino doctor Arteaga Vega". Y, finalmente, en junio dos de mil novecientos cincuenta y uno se dice: "Doy cuenta de este negocio al señor Juez, informándole que no ha sido decretado por sus antecesores.—Daniel S. Guerrero, Secretario".

Así, pues, el delito investigado —abuso de autoridad por demoras— hace referencia al tiempo comprendido entre el veintiuno de agosto de mil novecientos cincuenta, al siete de noviembre del mismo año.

Investigación

Mediante copia del Acuerdo de nombramiento y la correspondiente Acta de posesión, se acredita la calidad que el acusado tenía, en ese entonces, como Juez Primero Penal del Circuito de Ipiales.

Sobre el negocio en el cual se dice concurrieron las demoras, se practicó una diligencia de inspección ocular y de ella se transcribe lo pertinente:

"En el expediente aludido no encontramos actuación alguna en la que haya intervenido como Juez Primero Penal de este Circuito el doctor Gerardo Arteaga Vega, únicamente a folios 1º vta. del expediente, aparece la siguiente constancia: 'Agosto 21 de 1950—Doy cuenta con este negocio al señor Juez interino doctor Arteaga Vega. Fdo. Daniel S. Guerrero, Secretario' ".

El señor Daniel S. Guerrero, Secretario del Juzgado, expresa:

"Tengo la seguridad de que lo que sucedió es que como ese proceso no tenía mayor número de hojas, se dio cuenta o se lo pasó a la mesa de dichos Jueces, y con el movimiento y la abundancia de trabajo seguramente se intercaló en otros procesos como siempre ocurre en las Secretarías". (Fls. 19 vto.); y en posterior declaración afirma: 'Dado el acrecentado número de procesos, al pasarlo a la mesa del señor Juez en referencia, se intercaló en otro proceso de más volumen y de aquí que el doctor Arteaga Vega bien pudo no encontrarlo, y así quedar sin responsabilidad de ninguna clase. La circunstancia de haberse involucrado ese sumario en otro no cuidé en ponerle la anotación del caso y ese descuido o falta de atención sería imputable al compareciente, bien entendido que eso sucedió sin que existiera para el declarante ni remota malicia".

Se trajo al sumario copia de las estadísticas del movimiento de los negocios que cursaron en el Juzgado en el lapso en que el sindicado —en calidad de Juez interino— desempeñó el cargo. También se recibió declaración indagatoria del doctor Arteaga Vega.

Concepto del Procurador

"En su vista de veinte de octubre del año pasado (fs. 2 a 5 del segundo cuaderno), anotó la Procuraduría la necesidad de establecer si evidentemente el cuestionado proceso pasó al despacho del Juez, o si por el contrario permaneció en la Secretaría durante el lapso a que se contrae la demora, pues no encontró una explicación lógica a las sucesivas constancias secretariales de 21 de agosto de 1950 y 2 de junio de 1951.

"Para despejar esa duda se le recibió declaración al ex-Secretario del Juzgado, señor Daniel S. Guerrero, quien manifestó que por tratarse de un negocio de escaso número de hojas, al pasarlo a la mesa del Juez se involucró en otro de mayor volumen, y de ahí 'que el doctor Arteaga Vega bien pudo no encontrarlo, y quedar así sin responsabilidad de ninguna clase'

'"Ese descuido o falta de atención —agregó— sería imputable al compareciente, bien entendido que eso sucedió sin que existiera para el declarante ni remota malicia' (fl. 22).

"Por consiguiente la demora ameritada no le es imputable al ex-Juez Arteaga Vega, y en tal virtud el sobreseimiento definitivo proferido en su favor es correcto y procede confirmarlo".

Se considera:

Demostrado que el negocio en el cual ocurrieron las demoras no estuvo al Despacho del Juez acusado, no se puede afirmar la comisión de un delito, ora porque el funcionario no omitió ni rehusó ni retardó la ejecución de acto alguno al cual estuviera obligado, bien porque el Secretario asume la responsabilidad en que hubiere incurrido por el hecho de haber intercalado el negocio en otro distinto, circunstancia por la cual el Juez no tuvo oportunidad de conocerlo y dictar las providencias legales.

Las demoras se imputan al funcionario cuando existe de parte de éste una conducta maliciosa o negligente en el desempeño de los negocios encomendados a su cargo, pero, cuando el retardo u omisión en pronunciar determinada providencia no dependen de su voluntad sino de factores ajenos a ella, como es el hecho de traspapelarse o confundirse el negocio, el dolo o la intención de violar la ley —en este caso— no tiene ninguna estructuración jurídica por ausencia del hecho que pueda generarlos, máxime cuando esa negligencia, si la hubo, no le es imputable a él sino a su inmediato colaborador.

En estas condiciones la providencia del Tribunal se ciñe a los preceptos legales y debe confirmarse.

No sobra advertir que el funcionario que debe adelantar la investigación contra el señor Daniel S. Guerrero, antes de iniciarla debe examinar si la acción se halla o no prescrita.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, CONFIRMA la providencia de ocho de julio del presente año, por la cual se sobresee definitivamente en favor del doctor Gerardo Arteaga Vega, sindicado por un delito de "los abusos de autoridad y otras infracciones".

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — Julio E. Argüello, Secretario.

LA SALA DE CASACION PENAL DE LA CORTE ORDENA EL LEVANTAMIENTO DEL EMBARGO Y SECUESTRO PREVENTIVOS DE UN INMUEBLE, DECRETADOS EN PROCESO PENAL MATERIA DEL RECURSO DE CASACION, POR CUANTO EL BIEN DEJO DE PERTENECER AL SINDICADO Y PASO A SER DE PROPIEDAD DEL INTERESADO EN EL EMBARGO PREVENTIVO, MEDIANTE SENTENCIA JUDICIAL PROFERIDA POR LA SALA DE CASACION CIVIL

La Corte se pronunció sobre la atribución de la Sala Penal para decretar el desembargo de bienes afectos al pago de las indemnizaciones por perjuicios causados a la víctima de un delito, en auto de la misma Sala de fecha 18 de abril de 1952, en el cual se dijo como remate a las razones sustentadas en pro de su competencia lo siguiente: "En consecuencia, los artículos 130 y 703 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el 283 del Judicial, le dan plena competencia a la Corte para desatar el incidente sobre desembargo de bienes dentro del recurso extraordinario. Porque si se puede decretar el desembargo de lo excedente, o de las cosas que no interesan al proceso, "en cualquier estado" de éste, A FORTIORI, debe levantarse el embargo de todos los bienes cuando éstos fueron indebidamente puestos fuera del comercio por un auto que es contrario a la ley, como ocurre aquí". (G. J. Tomo LXXI, pág. 796).

En el caso de autos no se trata ciertamente del desembargo de bienes no necesarios a garantizar los derechos de la parte perjudicada con el delito, ni de circunstancias similares a las que motivaron el decretado por la Sala en la providencia de que se hace mérito (exclusión de parte civil en los procesos seguidos ante la jurisdicción penal militar): pero la razón para conceder el aquí solicitado es aún más poderosa, en cuanto el inmueble colocado fuera del comercio, en el juicio que culminó con la sentencia absolutoria recurrida en casación por el señor Fiscal del Tribunal Superior, salió del patrimonio de N. N., uno de los sindicados en este negocio.

(NOTA DE LA RELATORIA — El auto que ordenó tramitar como una articulación la solicitud de desembargo, decretado mediante la presente providencia, aparece publicado en la GACETA JUDICIAL, Tomo LXXXI, pág. 256).

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal—Bogotá, diez y siete de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

El doctor Carlos Saúl Goyeneche, como parte civil constituída en este proceso, y el doctor Luis Gutiérrez Jiménez como su apoderado legal, han solicitado que se levante el embargo y secuestro de la hacienda denominada "Santa Otilia o Insula o Tabacal" —ubicada en la fracción de Santa Rosalina de la jurisdicción municipal de Enciso en el Departamento de Santander— inmueble que, habiendo sido objeto de aquellas medidas preventivas a petición del propio interesado doctor Carlos Saúl Goyeneche, como garantía de la indemnización de los perjuicios ocasionados con la infracción que dio origen a estas diligencias, fue reincorporado ulteriormente al patrimonio de aquél en virtud de la sentencia proferida por la Sala Civil de la Corte, de fecha 30 de octubre de 1954, por la cual se declaró resuelto el contrato de venta, con pacto de retro-venta, celebrado entre los hermanos Carlos Saúl y Ciro Enrique Goyeneche, mediante la escritura número 509 otorgada en la Notaría de Charalá.

Al incidente se le ha dado la respectiva tramitación legal, y para resolver se considera:

Sobre la atribución de la Sala para decretar el desembargo de bienes afectos al pago de las indemnizaciones por perjuicios causados a la víctima de un delito, se dijo en auto de 18 de abril de 1952 lo que a continuación se transcribe:

"Las normas que la Sala toma en consideración respecto a la competencia, son las siguientes:

"a) El artículo 130 del Código de Procedimiento Penal, según el cual 'en cualquier estado del proceso en que el sindicado compruebe que ha habido exceso en el embargo y secuestro preventivo de bienes el Juez decretará —mediante el procedimiento civil— el desembargo de lo excedente';

"b) El artículo 283 del de Procedimiento Civil, aquí aplicable en virtud del artículo 138 del de Procedimiento Penal, según el cual 'en cualquier estado del juicio en que el demandado compruebe que hay exceso en el secuestro debe reducirse éste a aquellos bienes cuyo valor se estime suficiente para garantizar los derechos del demandante, y

"c) El artículo 703 del mismo Código, según el cual cuando las cosas secuestradas no interesen a los fines del proceso, se entregarán en cualquier estado de éste a quien pruebe tener derechos.

"Tomando como punto de partida de su estudio sobre la competencia de la Corte para decidir el desembargo pedido, las normas relativas a facultades ejercitables **'en cualquier estado del proceso'** —subraya la Sala— tales como las que conciernen a la sentencia del artículo 153, a la ampliación de la querella o denuncia, a la constitución de la parte civil, a la invocación de la causales de nulidad, a la concesión y revocación de la libertad provisional y a otras análogas, el Procurador hace las deducciones siguientes, que la Sala comparte:

"Por consiguiente, al autorizar el legislador al Juez o Magistrado para que atienda y resuelva determinados puntos, 'en cualquier estado del proceso', sin restricción alguna acerca de los términos judiciales, ni de la situación procesal en que se halle el negocio, le está dando al juzgador, en todo momento de la vida del expediente, competencia para conocer de esas materias, ya se encuentre el proceso en trámite ordinario de instancia o en el extraordinario de casación. En este sentido, no hay caducidad, preclusión o invalidez jurídica para el funcionario del conocimiento ante quien se suscita una decisión de tal naturaleza.

"Y esto ocurre cabalmente cuando se presenta el incidente de desembargo de bienes en el curso de la acción penal, por virtud de las terminantes disposiciones de los artículos 130 y 703 de la ley 94 de 1938, que consagran en todo tiempo o 'en cualquier estado del proceso', el desembargo de aquellos bienes del procesado que no son necesarios para garantizar la indemnización de perjuicios debida a la víctima del delito, en el un caso, o la entrega de las cosa s secuestradas a quien pruebe tener derecho, y que no interesen a los fines del proceso, en el otro caso.

"Aún en materias civiles, dispone el artículo 283 del Código Judicial 'en cualquier estado del juicio en que el demandado compruebe que hay exceso en el secuestro, debe reducirse éste a aquellos bienes cuyo valor se estime suficiente para garantizar los derechos del demandante.

"Por donde se ve que el espíritu y la voluntad de la ley es que nunca se grave al deudor con el embargo o secuestro de aquellos bienes que exceden la seguridad de las acciones que trata de garantizar el correspondiente acreedor. El patrimonio es algo fundamental de las personas, y la autoridad no puede restringirlo o sacarlo fuera del comercio sino en los casos preestablecidos por el legislador.

"En consecuencia, los artículos 130 y 703 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el 283 del Judicial, le dan plena competencia a la Corte para desatar el incidente sobre desembargo de bienes dentro del recurso extraordinario. Porque si se puede decretar el desembargo de lo excedente, o de las cosas que no interesan al proceso, 'en cualquier estado' de éste, **a fortiori,** debe levantarse el embargo de todos los bienes cuando éstos fueron indebidamente puestos fuera del comercio por un auto que es contrario a la ley, como ocurre aquí" (LXXI, 796).

En el caso de autos no se trata ciertamente del desembargo de bienes no necesarios a garantizar los derechos de la parte perjudicada con el delito, ni de circunstancias similares a las que motivaron el decretado por la Sala en la providencia de que se ha hecho mérito (exclusión de parte civil en los procesos seguidos ante la jurisdicción penal militar); pero la razón para conceder el aquí solicitado es aún más poderosa, en cuanto el inmueble colocado fuera del comercio, en el juicio que culminó con la sentencia absolutoria recurrida en casación por el señor Fiscal 4º del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, salió del patrimonio del doctor Ciro Enrique Goyeneche, uno de los sindicados en este negocio.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, único que contestó el traslado legal correspondiente, se expresó —sobre la procedencia del desembargo impetrado— en los siguientes términos, que la Sala prohija:

"La parte civil en este proceso, representada por los doctores Carlos Saúl Goyeneche y Luis Gutiérrez Jiménez, ha solicitado el levantamiento del embargo y secuestro de la hacienda 'Santa Otilia, Insula o Tabacal', situada en el Municipio de Enciso del Departamento de Santander, objeto de la infracción penal de que trata el presente expediente, para poder dar cumplimiento y efectividad a la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en cuanto decretó la resolución del contrato de compraventa que se realizó entre Carlos Saúl Goyeneche y Ciro Enrique Goyeneche y, en consecuencia, la entrega del bien al primero de ellos.

"El Juez 53 de Instrucción Criminal, al dictar auto de detención preventiva en este proceso contra Ciro Enrique Goyeneche Otero, decretó 'el secuestro del inmueble objeto del ilícito' (f. 106), cuyos linderos se encuentran especificados en la escritura pública número 509 visible al folio 248 del cuaderno primero de este expediente.

"El señor Fiscal del Juzgado Tercero Superior de Bogotá, por auto del 6 de abril de 1953, nombró al señor Benedicto Santander como secuestre del mencionado inmueble (f. 347).

"El señor Juez 68 de Instrucción Criminal, en calidad de comisionado, llevó a cabo la diligencia de secuestro y entregó la finca al secuestre señor Benedicto Santander el 2 de junio de 1953 (f. 411), diligencia que más tarde fue ampliada (f. 580) por el Juez 24 de Instrucción Criminal, sin alterar la condición de secuestre del señor Benedicto Santander.

"Los hechos en virtud de los cuales se inició y perfeccionó esta investigación los hizo consistir el denunciante doctor Carlos Saúl Goyeneche en haber sido despojado de la propiedad, frutos e implementos del mencionado inmueble por Ciro Enrique Goyeneche Otero; y en vía de hacer efectivos los perjuicios ocasionados con la infracción, se constituyó en Parte Civil (f. 15, cuaderno 1º) y apreció los perjuicios materiales en $ 30.000.00 y en otro tanto los perjuicios de orden moral.

"Por auto del 10 de noviembre de 1950 fue reconocido el doctor Carlos Saúl Goyeneche como Parte Civil en este proceso, admitiendo su demanda formulada 'sobre indemnización de perjuicios' (f. 25).

"Con el anterior fin posteriormente decretó el embargo y secuestro de la finca objeto del ilícito; pero como la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de octubre de 1954, cuya copia figura al folio 33 del cuaderno 12 de este proceso, resolvió favorablemente las solicitudes d Carlos Saúl Goyeneche, dejando el bien en s poder, desapareció éste jurídicamente como ga rantía para el resarcimiento de los perjuicios qu reclamaba en su calidad de Parte Civil y es po ello que ahora pide el levantamiento del embar go y del secuestro que pusieron el bien fuera de comercio.

"Siendo ello así, el bien ya no interesa en su valoración económica para los fines del proceso y en nombre del artículo 703 del Código de Procedimiento Penal, en relación con los artículos 7º de la misma obra y 293 del Código Judicial, numeral 1º, debe levantarse el embargo y el secuestro de que se trata".

El inmueble cuyo desembargo procede es el a que hace referencia la Sala Civil de la Corte cuando dice que "aproximadamente una tercera parte de la finca 'Santa Otilia' fue lo vendido por Carlos Saúl y conservado por él a título de arrendamiento", y que volvió al patrimonio del doctor Carlos Saúl Goyeneche en virtud del fallo de dicha Sala que, en lo pertinente, dispuso:

"1º Declárase no probada la excepción de contrato no cumplido opuesta por Ciro Enrique Goyeneche;

"2º Declárase resuelto el contrato celebrado entre Carlos Saúl Goyeneche y Ciro Enrique Goyeneche, vecinos el primero de Bogotá y el segundo de Charalá, mediante la escritura pública número 509 de la Notaría de Charalá, otorgada con fecha veinte (20) de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944)..." (41 v. del cuaderno 12).

El secuestro de la finca se ordenó en el auto del Juzgado 53 de Instrucción Criminal, de fecha 26 de marzo de mil novecientos cincuenta y uno, por el cual se decretó la detención preventiva del doctor Ciro Enrique Goyeneche, los linderos que la comprenden —según el ordinal segundo de esa misma providencia— son los siguientes (fls. 122 y 123, cuaderno 1º):

"Por el pie u occidente, camino real que de Enciso conduce a Capitanejo, partiendo de la punta de un cimiento sigue hacia el sur hasta encontrar una alcantarilla de cemento situada a una cuadra abajo de una casita en construcción, a la orilla de la carretera o camino, sube por un zanjoncito y unas suazas (sic: léase zanjas) hasta encontrar un corozo y de ahí vuelve un poco hacia la izquierda por un caminito que conduce a los ranchos donde habita Pedro Rodríguez y de ahí hacia arriba por el mismo camino hasta en-

contrar una aguada o abrevadero donde hay un montecito y por éste arriba hasta un surco de fique, sigue en la misma dirección hasta encontrar la carretera que de Enciso conduce a Carcasí, formando en esta parte el costado sur de la hacienda; sigue hacia el norte por la misma carretera hasta el zanjón de la Cubierta, formando en esta parte el costado oriental; vuelve luégo hacia abajo por dicho zanjón de la Cubierta formando el costado norte, hasta el punto donde arranca la toma para el regadío de las cañas de la hacienda; sigue el lindero toma abajo hasta encontrar la cerca de espino, madera y cimiento que da a espaldas de una puerta en el camino de Capitanejo a Enciso, primer lindero, inmueble que se halla ubicado en jurisdicción del Municipio de Enciso (Santander) y conocido con los nombres de 'Santa Otilia', 'Insula' o 'Tabacal', que es poco más o menos la tercera parte del antiguo 'Tabacal' o 'Insula' ".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Colaborador Fiscal,

RESUELVE:

1º Decrétase el levantamiento del embargo y secuestro preventivos de la tercera parte de la finca "Santa Otilia o Insula o Tabacal" de que trata la parte motiva de esta providencia, conforme a los linderos allí reproducidos, inmueble que fue objeto de embargo en el auto de detención preventiva dictado por el Juez 53 de Instrucción Criminal contra el doctor Ciro Enrique Goyeneche, con fecha 26 de marzo de 1951;

2º Ordénase al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Málaga la cancelación de la inscripción respectiva;

3º Comisiónase al señor Alcalde de Málaga para que, previa notificación al señor Benedicto Santander de que ha cesado en las funciones de secuestre del referido inmueble, le haga entrega de éste a su actual propietario doctor Carlos Saúl Goyeneche.

Es entendido que el **statu quo** de los demás bienes preventivamente embargados y secuestrados como de propiedad del doctor Ciro Enrique Goyeneche, por razón de estas diligencias, subsiste; y que la cesación del señor Benedicto Santander en sus funciones de secuestre se relaciona exclusivamente con la tercera parte de la finca "Santa Otilia, Insula o Tabacal" de que en este proveído se ha hecho mención.

Líbrense, por la Secretaría de la Sala, los oficios o despachos a que hubiere lugar.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — Julio E. Argüello, Secretario.

NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal—Bogotá, trece de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

Con fecha 17 de octubre último la Sala decretó el levantamiento del embargo y secuestro preventivos de la tercera parte de la finca denominada "Santa Otilia, Insula o Tabacal" —ubicada en la fracción de Santa Rosalina, de la jurisdicción municipal de Enciso, Departamento de Santander—, inmueble que había sido secuestrado en cumplimiento del ordinal 2º del auto de detención provisional dictado por el Juzgado 53 de Instrucción Criminal contra el doctor Ciro Enrique Goyeneche en las diligencias sumarias adelantadas contra éste, que culminaron con la sentencia absolutoria dictada en su favor por el Tribunal Superior de este Distrito Judicial y recurrida en casación por el señor Fiscal 4º de dicha Corporación.

Contra la referida providencia recurrió en **reposición** el doctor Ciro Enrique Goyeneche, y la Sala procede a resolver lo conducente, previa la tramitación legal del recurso.

Alega el recurrente que "no es posible que en la tramitación legal del recurso de casación en materia penal, se vengan a resolver cuestiones que están **sub judice** en el Juzgado Civil de Charalá, quien está tramitando el cumplimiento de la sentencia visible a los fls. 36 a 46 del cuaderno del H. Tribunal que para que se tenga como prueba debía estar debidamente registrada y no lo está..."; que se trata "de una hábil maniobra para corregir los vacíos de la sentencia de la H. Corte (Sala Civil) que en el numeral 6º de la parte resolutiva negó las demás peticiones de la demanda que eran la cancelación de la inscripción del registro de la escritura número 509 de que trata la sentencia y la entrega material dejándolas tácitamente subordinadas al pago de los veinte mil pesos ($ 20.000) y a que fue condenado Carlos Saúl, pues de lo contrario traspasaría sus bienes en confianza para no pagarme"; que "En el proceso se practicaron varias diligencias de secuestro que fueron simbólicas y sólo la practicada el 24 de diciembre de 1953, visible a los fls. 53 a 58 del cuaderno número 8 fue la efectiva pero en ésta se englobaba toda la finca por linderos generales, de manera que según ésta no se puede determinar cuál es la parte de Saúl —hoy, pues, al resolver el contrato las cosas quedaron en el estado que tenían antes del otorgamiento de la escritura número 509 de 20 de diciembre de 1944"—; que "Se está cumpliendo en Charalá la sentencia de la Corte y se usurparía jurisdicción si dentro del proceso penal y con un simple auto se definiera lo que se está tramitando ante el Juez que debe cumplir la sentencia, que fue quien la dictó en primera instancia"; que "Mientras el Juez competente que es el de Charalá no le dé cumplimiento al fallo y Carlos Saúl no me pague los veinte mil pesos a que fue condenado me asiste el derecho de retención sobre la misma finca y levantar un embargo que no se inscribió por estar embargada la misma finca en el proceso civil sería exponerme con esta clase de maniobras de Carlos Saúl, a su insolvencia, y levantar el secuestro ordenándole la entrega haría nugatoria la sentencia civil de la Corte que en el punto 6º de la parte resolutiva negó la entrega material", y que sostener el proveído cuya reposición se pide "sería entrar a prejuzgar lo que está sometido en el fondo a conocimiento de la H. Sala Penal de la Corte, estando el asunto sometido a un Juez Civil que está actuando en Charalá".

A su turno, el doctor Carlos Saúl Goyeneche, hermano del recurrente, impugna la reposición solicitada, y pide —como tercero interesado, con voz dentro del incidente de desembargo— que "se sostenga en todas sus partes" la providencia recurrida.

Se considera:

La razón que tuvo la Sala para ordenar el levantamiento del embargo y secuestro preventi-

vos que colocaron fuera del comercio el inmueble en referencia —como garantía de la indemnización de los perjuicios ocasionados con los hechos imputados por el doctor Carlos Saúl Goyeneche a su hermano Ciro Enrique fue la de haber sido incorporada, con posterioridad, la tercera parte de la hacienda "Santa Otilia, Insula o Tabacal" al patrimonio del primero de los nombrados, a virtud de la sentencia proferida por la Sala Civil de la Corte, con fecha 30 de octubre de 1954, por la cual se declaró resuelto el contrato de venta, con pacto de retroventa, que los hermanos Goyeneche habían celebrado entre sí mediante la escritura número 509, otorgada en la Notaría de Charalá el 20 de diciembre de 1944.

Frente a esta razón carecen de toda validez las argumentaciones del recurrente. Que la Sala Civil de la Corte dejara "tácitamente" subordinadas la cancelación de la inscripción del registro de la escritura número 509 aludida y la entrega material de la finca al pago de los veinte mil pesos ($ 20.000) a que fue condenado el doctor Carlos Saúl Goyeneche en la sentencia en que se declararon no probada la excepción de contrato no cumplido, opuesta por el doctor Ciro Enrique Goyeneche, y resuelto el celebrado entre los dos hermanos, no pasa de ser una suposición gratuita; que en la única diligencia "efectiva" de secuestro que se practicó sobre la hacienda se englobara toda ella, no es circunstancia que impida el desembargo de la porción comprendida en los linderos que la Sala transcribió del auto de detención dictado contra el doctor Ciro Enrique Goyeneche, y que es como se advirtió allí mismo —"poco más o menos la tercera parte del antiguo 'Tabacal o Insula'—; y que con la orden de entrega del inmueble, cuando "se está cumpliendo en Charalá la sentencia de la Corte", se usurpe jurisdicción, se haga nugatorio el fallo proferido por la Sala de lo Civil, se prejuzgue "lo que está sometido en el fondo a conocimiento de la H. Sala Penal" y se viole "el derecho de retención" que el doctor Ciro Enrique Goyeneche pretende tener sobre la finca (como si pudiera retenerse lo que no se tiene, por estar secuestrado judicialmente), son cargos apenas explicables por el desconocimiento del carácter de medida simplemente precautelativa que el embargo y secuestro preventivos revisten. En el caso que se estudia, lo embargado y secuestrado como de propiedad de uno de los sindicados —en el proceso venido en casación a la Corte— no podía continuar sustraído del comercio después de ejecutariarse la sentencia favorable al doctor Carlos Saúl Goyeneche y de solicitarse por éste el desembargo, porque —según el artículo 293 del Código Judicial— "El embargo y secuestro preventivos se deben levantar en los casos siguientes: 1º Si se pide por el demandante o presunto demandante..."; y porque —de acuerdo con el artículo 461 ibidem— "Las partes pueden separada o conjuntamente desistir del pleito, reconvención, incidente, o recurso que hayan propuesto en él.... El desistimiento se hace ante el Juez o Tribunal que esté conociendo del juicio, incidente o recurso de que se trate, en cualquier estado del negocio".

Si, en armonía con las citadas normas del procedimiento civil, el artículo 703 del Estatuto Procesal Penal prescribe que "Cuando las cosas secuestradas no interesen a los fines del proceso, se entregarán en cualquier estado de éste a quien pruebe tener derecho, con la obligación de presentarlas en cualquier momento en que el juez o funcionario así lo disponga", muy clara resulta la procedencia de entregar lo secuestrado —sin la obligación a que allí se condiciona la entrega— cuando el interés del embargo desaparece por sustracción de materia, es decir por haber dejado de pertenecer la cosa a la persona llamada a responder con ella de los perjuicios por cuya causa le fue secuestrada.

Especialmente se arguye contra el auto recurrido que la copia del fallo originario de la Sala Civil de la Corte "para que se tenga como prueba debía éstar debidamente registrada y no lo está", y se agrega que "no es posible que en la tramitación del recurso de casación en materia penal, se vengan a resolver cuestiones que están **subjudice** en el Juzgado Civil de Charalá quien está tramitando el cumplimiento de la sentencia". A lo primero se observa que es el título (en este caso la sentencia con autoridad de cosa juzgada) el que vincula a las partes, y que la formalidad del registro sólo hace referencia a los efectos legales de aquél respecto de terceros; y a lo segundo, que el desembargo decretado en manera alguna se relaciona, siquiera sea remotamente, con la función que al Juzgado Civil de Charalá le corresponde, de conformidad con lo estatuído en el artículo 553 del Código Judicial, en la fijación de la cantidad líquida que el doctor Ciro Enrique Goyeneche debe pagar (tercer ordenamiento del fallo).

Dice, finalmente, el memorialista que interpone subsidiariamente el recurso de **súplica** "en caso

de que la ley lo admita para ante el resto de la Sala", petición que habrá de negarse por referirse a un recurso no contemplado en el Código de la materia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

I. — NO SE REPONE el auto de 17 de octubre del año en curso, de que se ha hecho mérito; y

II. — NIEGASE, por inexistente, el recurso de súplica subsidiariamente interpuesto contra la mencionada providencia.

Cópiese y notifíquese.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra — Julio E. Argüello, Secretario.

SOLICITUD DE CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO PENAL

El cambio de radicación de los procesos penales ha de estar subordinado a las conveniencias de la recta administración de justicia, deducidas de los elementos de prueba que se alleguen a la solicitud respectiva; y aunque no es preciso que la prueba sea plena o completa, como lo ha sostenido la Sala, sí es necesario que surja de su conjunto una impresión indicadora de la necesidad de esa medida.

En el caso, los testigos no deponen sobre hechos concretos, claros o precisos, que permitan inferir que el interesado carece de las garantías indispensables para su honesto juzgamiento, porque el ambiente dentro del cual se mueve el proceso contrarie su normal desarrollo, porque los encargados de administrar justicia se hayan mostrado inferiores a su alta misión o porque cualesquiera otros factores hagan imposible o siquiera dudosa la debida aplicación de la ley.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal—Bogotá, catorce de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Para el concepto de que trata el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, el Ministerio de Justicia ha remitido a la Corte la solicitud de Enrique Zalamea Lleras tendiente a obtener el cambio de radicación de los procesos acumulados que ante el Juzgado Segundo Superior de Bucaramanga se adelantan contra el peticionario y contra Fidel Regueros Peralta, por los delitos de falsedad en documentos y abuso de confianza.

Afirma Zalamea Lleras que en abril de 1954 formuló denuncia contra el señor Regueros Peralta por ilícitos cometidos por éste en perjuicio de su patrimonio cuando gerenciaba en aquella ciudad sus oficinas de Urbanizaciones y Parcelaciones Santa Fe; que Regueros Peralta, a su vez, denunció al solicitante, y que las dos investigaciones se acumularon en forma improcedente por el Juez instructor, anomalía que, unida a otras irregularidades, lo obligaron a denunciar a dicho funcionario ante el Ministerio de Justicia y ante la Procuraduría General de la Nación.

A continuación, el señor Zalamea Lleras enumera los siguientes hechos, que "En desarrollo de los puntos anteriores se han presentado":

1º Que el doctor José Habeych B., ex-Magistrado del Tribunal Superior de Bucaramanga, intervino en el año de 1953 en la elección del Juez Segundo Superior de esa ciudad, doctor Pedro Ardila Beltrán, y que el doctor Habeych es ahora parte civil en el proceso que al solicitante se le sigue por ese funcionario;

2º Que como se dictara contra los sindicados auto de detención el 26 de octubre de 1954, la petición de revocatoria hecha por el apoderado de Zalamea el 17 de noviembre siguiente sólo vino a resolverse el 28 de abril último, demora que demuestra por lo menos mala voluntad en contra suya y que se debió, según las razones aducidas por el propio Juez, al interés de Regueros porque el recurso no se decidiera "mientras él no estudiara el archivo y sumario respectivo"; y

3º Que en la sumaria están interviniendo los abogados "Angel María Carrascal, Alberto García Herreros, Rafael Navia, José Uribe Prada, Bernardo Galvis, Alfonso Gómez Gómez, Benedicto Castellanos, hermano del Juez Primero Superior, Jaime Serrano Rueda, Ciro López Mendoza, Gustavo Serrano Gómez, sin contar con los profesionales que actúan en los juicios civiles y los colegas de Magistratura del doctor Haybech, que no aceptan poder contra su amigo, compañero y colega", todo lo cual dificulta su defensa hasta el extremo de que el doctor Ciro López Mendoza, su representante como parte civil contra Regueros, le ha instaurado demanda.

Agrega que "esta serie de acciones civiles y penales han venido a producir.... un exagerado sensacionalismo que interfiere la recta administración de justicia"; que su seguridad personal no está debidamente garantizada, si su detención se cumple en el Distrito Judicial de Bucaramanga, pues en ella se encuentra detenido el

señor Regueros, "quien desempeña el cargo de Secretario del mencionado establecimiento", y concluye sintetizando así los fundamentos de su solicitud:

"La intervención del doctor Habeych en la elección del Juez Segundo Superior, su amistad íntima con él, la misma amistad con abogados, Magistrados y Jueces, el número de profesionales que intervienen y que constituyen casi la totalidad de quienes ejercen en forma permanente en la ciudad de Bucaramanga, el número de juicios civiles y penales que cursan, han producido un ambiente que entorpece y demora el proceso en referencia con gravísimo perjuicio para intereses morales y materiales, en forma tal que hace necesario el cambio de radicación que en forma respetuosa solicito a S. S.".

En el expediente obran las siguientes pruebas:

A) Certificación del Secretario del Tribunal Superior de Bucaramanga, según la cual el doctor Pedro Ardila Beltrán es Juez Segundo Superior de ese Distrito Judicial, por elección hecha en junio de 1953, en la cual intervino, entre otros Magistrados, el doctor José A. Habeych B.;

B) Certificación del Juez Segundo Superior de Bucaramanga, doctor Pedro Ardila Beltrán, donde se hace constar: 1º Que en su despacho cursa el proceso contra Enrique Zalamea Lleras y Fidel Regueros Peralta, por falsedad en documentos y abuso de confianza; 2º Que el 17 de noviembre de 1954 el apoderado de Zalamea Lleras pidió la revocatoria del auto de detención dictado contra aquéllos, lo mismo que la aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, y que el Juzgado negó lo pedido en providencia fechada el 28 de abril último, con demora que se debió, en parte, a la petición del sindicado Regueros para que se le permitiera revisar el expediente y el archivo adjunto, los cuales constan de más de tres mil setecientos (3.700) folios, "con el objeto de presentar una alegación previa a la resolución sobre solicitud de revocatoria formulada también por el abogado de Regueros Peralta"; y 3º "Que el sindicado Enrique Zalamea Lleras ha estado apoderado sucesivamente por los Drs. Angel María Carrascal, Rafael Navia Belalcázar y Alfonso Gómez Gómez; que el mismo Zalamea Lleras se constituyó en parte civil contra Regueros y en el ejercicio de tal acción ha sido representado por los abogados Ciro Emilio López Mendoza y Bernardo Galvis Alvarez; que el apoderado de Regueros ha sido el doctor Alberto García Herreros y que este sindicado se hizo parte civil contra Zalamea nombrando como su apoderado al doctor Gustavo Serrano Gómez; que el doctor Antonio José Uribe Prada apodera la parte civil constituída por José Trinidad Tarazona; que el doctor Benedicto Castellanos C. apodera la parte civil constituída por David González Uribe, y que el doctor Jaime Serrano Rueda apodera la parte civil constituída por José, Alfonso, Matilde y Teresa Habeych...".

C) Certificado del Juzgado Primero Civil del Circuito de Bucaramanga sobre el curso que allí sigue un juicio ordinario promovido por Enrique Zalamea Lleras contra David González Uribe;

CH) Certificado del Juzgado Segundo Civil del mismo Circuito, sobre que allí cursa un juicio especial de rendición de cuentas promovido por José P. Tarazona contra Enrique Zalamea Lleras y se inició una actuación sobre absolución de posiciones por parte de Fidel Regueros Peralta, a petición del apoderado general de Enrique Zalamea Lleras;

D) Certificado del Juez Tercero Civil del mismo Circuito sobre que en ese despacho se han adelantado, a partir de mayo de 1954, contra Enrique Zalamea Lleras, un juicio ordinario promovido por el doctor Antonio José Uribe Prada, como apoderado de José Trinidad Tarazona, y un juicio ejecutivo propuesto por el doctor Ciro E. López Mendoza, como cesionario al cobro del Banco Popular de Bucaramanga;

E) Certificación del Juez Cuarto Superior de Bucaramanga sobre que allí cursa un sumario contra el Juez 65 de Instrucción Criminal, doctor Roberto Rodríguez Pimiento, a virtud de denuncia de Enrique Zalamea Lleras; y

F) Declaraciones rendidas en el Juzgado Primero Superior de Bucaramanga por el señor Antonio Rodríguez y el doctor Pedro Roa Alvarez. El primero dice: "Según mi parecer por la calidad de personas que intervienen en las dos partes del negocio adelantado contra el señor Zalamea Lleras, lo prestantes de esas personas aquí en la ciudad y dada también la importancia del señor Zalamea, creo que el ambiente es pesado para la buena marcha del proceso que se ade-

lanta contra el señor Zalamea Lleras... Me he empapado de esto por los comentarios que se oyen en la calle y artículos que he visto en los periódicos locales... La justicia en este caso tropieza con obstáculos por lo que han intervenido muchos abogados y por los comentarios que al rededor (sic) de este proceso se hacen en la calle". El segundo declara: "Efectivamente me consta que en razón del proceso penal adelantado a Zalamea Lleras se ha ido tejiendo una serie de comentarios y rumores que le han dado sensacionalismo al proceso y ha dado lugar a comentarios periodísticos que han hecho que todo el mundo intervenga con sus opiniones; esto porque Enrique Zalamea Lleras es muy conocido en la ciudad por razón a los negocios a que está vinculado, y a que las personas que intervienen como contraparte en el mismo negocio también gozan de bastante ascendiente dentro de la opinión pública y por ello la administración de justicia puede verse entrabada para su correcta aplicación... teniendo en cuenta la chismografía que al rededor (sic) de este proceso penal se ha levantado, considero que el ambiente de esta ciudad no es propicio para pronunciar un fallo ajeno a toda ingerencia de gentes extrañas. No hay que olvidar que el ambiente de esta ciudad es muy reducido y que por consiguiente bien podría lograrse una investigación alejada de toda interferencia en cualquier otra ciudad del país".

Se considera:

El cambio de radicación de los procesos penales ha de estar subordinado a las conveniencias de la recta administración de justicia, deducidas de los elementos de prueba que se alleguen a la solicitud respectiva; y aunque no es preciso que la prueba sea plena o completa, como lo ha sostenido la Sala, sí es necesario que surja de su conjunto una impresión indicadora de la necesidad de esa medida.

Varios juicios se tramitan en los estrados de Bucaramanga, que interesan al señor Zalamea Lleras, según las pruebas que se han relacionado, entre ellos el que se le adelanta en el Juzgado Segundo Superior de aquel lugar, donde varios abogados intervienen en representación de los interesados. Mas la existencia de tales negocios nada demuestra respecto de la necesidad del cambio de radicación que se pide; y, de otro lado, la prueba testimonial traída a los autos no satisface las mínimas exigencias prenotadas. Los testigos no deponen sobre hechos concretos, claros o precisos, que permitan inferir que el interesado carece de las garantías indispensables para su honesto juzgamiento, porque el ambiente dentro del cual se mueve el proceso contraríe su normal desarrollo, porque los encargados de administrar justicia se hayan mostrado inferiores a su alta misión o porque cualesquiera otros factores hagan imposible o siquiera dudosa la debida aplicación de la ley.

El declarante Antonio Rodríguez cree (tal es su "parecer") que por la calidad y prestancia de las personas que intervienen en la investigación penal, así como por la importancia de Zalamea Lleras en la ciudad de Bucaramanga, "el ambiente es pesado para la buena marcha del proceso", lo que aquél dice suponer por los comentarios de la calle y de la prensa local. En forma semejante se expresa el doctor Roa Alvarez, quien, además, considera —con base en la "chismografía" suscitada en torno del negocio, en lo muy reducido que es en la ciudad de Santander el perímetro urbano y en su contacto con abogados y clientes por el ejercicio de la profesión a que está dedicado— que la atmósfera social allí existente no es propicia "para pronunciar un fallo ajeno a toda ingerencia de gentes extrañas". Nada dicen, pues, los deponentes sobre las condiciones del objeto percibido, ni sobre circunstancias que, por hallarse de otro modo establecidas, favorezcan la credibilidad de sus afirmaciones.

No aparece, de otra parte, que la intervención del doctor José A. Habeych en la elección del doctor Pedro Ardila Beltrán, como Juez Segundo Superior de Bucaramanga, se haya traducido en la más leve influencia del elector sobre el elegido, con miras a lesionar los intereses del señor Zalamea Lleras en la instrucción del sumario. Ni son bastantes a determinar la necesidad de trasladar el proceso el hecho de que el doctor Ardila Beltrán hubiera esperado el alegato del señor Regueros Peralta para resolver el pedimento relacionado con la revocatoria del auto de detención dictado contra Zalamea Lleras, ni el de haber denunciado éste al funcionario que investigó los ilícitos de que actualmente conoce una autoridad distinta.

Oportuno es recordar que las presentes diligencias ya habían sido enviadas a la Corte, de donde fueron devueltas al Ministerio de Justicia por el Magistrado sustanciador en vista del desistimiento que el 5 de agosto último manifestó el interesado en los siguientes términos: "El mo-

tivo que tengo para retirar la solicitud en referencia, **es que las causas que la motivaron han desaparecido, siguiendo en la actualidad el sumario su curso normal y practicándose las pruebas solicitadas".** El 24 del mismo mes el señor Zalamea Lleras solicitó de nuevo el cambio de radicación, sin aducir prueba diversa de las acompañadas a su petición inicial, y dijo: "Las razones que tengo para insistir en ese cambio **son las mismas que tuve para formular la primitiva y para retirar, como lo hago, la petición que hube de formular en días pasados"** (la de desistimiento). Ha subrayado la Sala para que se vea cómo la misma documentación le ha servido, sucesivamente, al peticionario para desconfiar primero de sus jueces, confiar en ellos después y, en un tercer momento, poner en duda nuevamente su imparcialidad y rectitud.

Por último, ni la carencia de medios de defensa —por falta de abogados que la asuman— se comprobó por el señor Zalamea Lleras, ni por éste se ha demostrado la situación de peligro en que haya podido encontrarse por su detención en el mismo establecimiento carcelario donde sufre la suya el señor Regueros Peralta, circunstancia que no es, en sí misma, constitutiva de inseguridad personal para el solicitante.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal— **emite concepto desfavorable** al cambio de radicación del proceso en referencia.

Cópiese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra. — José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

ABUSO DE AUTORIDAD

Demostrado que el negocio en el cual ocurrieron las demoras no estuvo al despacho de los Jueces acusados, es obvio que el delito de abuso de autoridad no es imputable a dichos funcionarios. Estos responden por el hecho de omitir, rehusar o retardar la ejecución de algún acto al que legalmente están obligados, pero no de aquellas omisiones o demoras en las cuales incurre su inmediato colaborador, y cuando éstas se consuman en la Secretaría del Juzgado, quien responde es la persona que desempeñaba el cargo de Secretario y no el Juez por no tener el negocio a su despacho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diciembre catorce de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, consulta la providencia de ocho de agosto del presente año, por la cual se sobresee definitivamente en favor de los doctores **Carmelo Saladem Marrugo** y **Marcos Díaz Castillo**, acusados por un delito de abuso de autoridad.

En el Juzgado Primero Superior del mencionado Distrito, cursaba el proceso que por un delito de homicidio se adelantaba contra Norberto Londoño M. y en dicho negocio ocurrieron las demoras objeto de la presente investigación, porque en el lapso comprendido entre el veintisiete de abril de mil novecientos curenta y seis hasta el catorce de diciembre de mil novecientos cincuenta y uno, no hubo actuación alguna, por lo cual el Tribunal ordenó se averiguara la responsabilidad en que hubieren incurrido los funcionarios que durante ese tiempo permanecieron al frente del Juzgado en calidad de Jueces Superiores.

Con los Acuerdos de nombramiento y Actas de posesión se acreditó la calidad de funcionarios de la Rama Jurisdiccional que, en ese entonces, tenían los doctores Saladem Marrugo y Díaz Castillo, en los períodos en que desempeñaron el mencionado cargo.

En el curso de la investigación, con las diligencias de Inspección Ocular se demostró que el negocio no estuvo al Despacho de los funcionarios acusados, sino en la mesa de la Secretaría donde permaneció inactivo hasta el catorce de diciembre de mil novecientos cincuenta y uno.

"De tal suerte —dice la Procuraduría— que ninguna responsabilidad se les puede deducir a los doctores Díaz Castillo y Saladem Marrugo en la demora ameritada, pues que ella se produjo por causas extrañas a su voluntad". Por lo cual, pide se confirme la providencia oonsultada.

Demostrado que el negocio en el cual ocurrieron las demoras no estuvo al despacho de los Jueces acusados, es obvio que el delito de abuso de autoridad no es imputable a dichos funcionarios. Estos responden por el hecho de omitir, rehusar o retardar la ejecución de algún acto al que legalmente están obligados, pero no de aquellas omisiones o demoras en las cuales incurre su inmediato colaborador, y cuando éstas se consuman en la Secretaría del Juzgado, quien responde es la persona que desempeñaba el cargo de Secretario y no el Juez por no tener el negocio a su Despacho.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, CONFIRMA el auto de ocho de agosto del presente año, dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra. — José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

DEMANDA — TECNICA DE CASACION

Para que en casación prospere la demanda es indispensable que la persona que ejercita ese derecho se ciña estrictamente a los términos señalados por la ley, no sólo en su aspecto de forma sino en su contenido intrínseco o de fondo. Es la unidad de estos dos factores lo que estructura jurídicamente una demanda para que la Corte con fundamento en ella pueda hacer el estudio de los problemas que en ésta se plantean. Si la demanda es una crítica de la sentencia frente a la ley porque fue violada, mal interpretada o indebidamente aplicada —como se asegura que ocurre en este caso— deber de quien acusa la sentencia es el de relievar esos errores para que sean corregidos.

Pero a este final no se llega por la simple presentación de un memorial o alegato, ni por la referencia que en él se haga de haber expuesto el problema en otra oportunidad y dentro del mismo proceso, ni por la cita escueta de las disposiciones que se dicen violadas o mal aplicadas, sino mediante la demostración y análisis de cada una de las causales invocadas. De no ser así, el recurso de casación se convertiría en una tercera instancia y la técnica que debe presidirlos sería inoperante. Por eso, hay que repetirlo, la Corte, como Tribunal de Casación, sólo estudia las demandas que vengan ajustadas a la ley.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, diciembre quince de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

El Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, interpuso recurso de casación contra la sentencia de veintiseis de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro dictada por esa Entidad, por la cual se condena a **José Antonio Márquez, Pedro Alberto Ospina Betancourt, Luis Carlos Raigoza Pareja, Desiderio Antonio Villa y José Octaín Ríos,** a la pena principal de cuatro años de presidio.

Hechos

Ante la Alcaldía Municipal de La Victoria comparecieron Antonio J. Molina Benítez y Aicardo Romero Orozco y presentaron denuncia contra Márquez, Ospina Betancourt, Raigoza Pareja, Villa y Octaín Ríos, acusándoles de haber cometido un delito de robo consistente en la apropiación de unos bultos de café que los denunciantes conducían de la ciudad de Cartago a Cali, remesa que tenía la firma de "Leonidas Lara e Hijos para la Compañía Grace & Cía. S. A." Desde el lugar en que tomaron el cargamento de café notaron los denunciantes que "una berlina Chevrolet, modelo 41, distinguida con la placa número 2221 de 1948", los seguía unas veces adelantándose y otras atrasándose, y otras en sentido inverso al que ellos llevaban; esta actitud un tanto sospechosa, hizo que el conductor del carro bajara a observar el cargamento, anotando que habían robado algunos bultos. Los ocupantes de la berlina fueron capturados y en el mismo sitio donde esto se llevó a cabo, se encontraron los bultos de café que habían sido robados.

Cumplidos los trámites procedimentales el Juzgado dictó sentencia con fecha diez de agosto de mil novecientos cincuenta y tres, y condenó a los acusados a la pena principal de cuatro años de presidio, providencia que al ser revisada por el Tribunal fue confirmada; pero, como el Fiscal de dicha Entidad no estuviera de acuerdo con esa determinación, interpuso recurso de casación.

Demanda

El Fiscal del Tribunal, después de hacer una narración sintética de los hechos y de la actuación cumplida en el proceso, formula su demanda de casación en estos términos:

"Con fundamento en los hechos y antecedentes que dejo relatados acuso la sentencia recurrida,

ictada por el Tribunal Superior de Buga el 26 e octubre del año pasado, de ser violatoria de a ley procedimental por haberse pronunciado en n juicio viciado de nulidad, causal cuarta del rtículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

"La nulidad constitucional consiste, como lo xpresé en mi vista de 31 de marzo del año pado, en que en este proceso se quebrantaron las ormas propias del juicio al haberse aplicado el procedimiento penal ordinario y no el establecido en el artículo 13 y siguientes de la Ley 48 de 1936, según lo ordena el Decreto Legislativo 4137 de 1948, decreto que, por lo tanto, fue violado, por cuanto el delito de robo que en este proceso se ha investigado y tratado de sancionar se consumó con posterioridad a su vigencia legal".

Concepto del Procurador

El Agente del Ministerio Público —en su concepto— dice que la demanda no reúne los requisitos de técnica jurídica que para estos casos exige la Ley, y que, por consiguiente, ella no debe ser considerada por la Corte. Luego expresa:

"El señor Fiscal demandante, luego de hacer una atinada relación de los 'Hechos y Antecedentes Procesales' en unos pocos renglones invoca la causal cuarta de casación que enumera el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, y la sustenta remitiéndose a lo dicho en su 'vista de 31 de marzo del año pasado' ".

Se considera:

Para que en casación prospere la demanda es indispensable que la persona que ejercita ese derecho se ciña estrictamente a los términos señalados por la ley, no sólo en su aspecto de forma sino en su contenido intrínseco o de fondo. Es la unidad de estos dos factores lo que estructura jurídicamente una demanda para que la Corte con fundamento en ella pueda hacer el estudio de los problemas que en ésta se plantean. Si la demanda es una crítica de la sentencia frente a la Ley porque fue violada, mal interpretada o indebidamente aplicada —como se asegura que ocurre en este caso— deber de quien acusa la sentencia es el de relievar esos errores para que sean corregidos.

Pero a este final no se llega por la simple presentación de un memorial o alegato, ni por la referencia que en él se haga de haber expuesto el problema en otra oportunidad y dentro del mismo proceso, ni por la cita escueta de las disposiciones que se dicen violadas o mal aplicadas, sino mediante la demostración y análisis de cada una de las causales invocadas. De no ser así, el recurso de casación se convertiría en una tercera instancia y la técnica que debe presidirlos sería inoperante. Por eso, hay que repetirlo, la Corte, como Tribunal de Casación, sólo estudia las demandas que vengan ajustadas a la ley.

"La demanda debe contener —ha dicho ella— una solicitud —elemento volitivo de la acción— y una motivación, factor lógico de impugnación de la sentencia. Los motivos que son específicos —causales de casación— determinan el límite o ámbito dentro del cual se mueve la potestad jurisdiccional de la Corte en orden al control técnico jurídico de la sentencia y a las finalidades del recurso. La demanda debe contener una sistematización legal de crítica a la sentencia, invocación de la causal y motivos que la sustentan. La motivación de cada causal debe ser precisa y concreta para destruir los fundamentos jurídicos del fallo acusado...".

"Lo importante en la técnica del recurso de casación es saber formular la demanda para obtener un resultado, o sea el fin perseguido, anulación del fallo acusado. No es lo mismo alegar en las instancias del juicio que confeccionar una demanda de casación. Lo primero, no está condicionado a reglas de técnica; lo segundo, implica conocimiento completo de las disposiciones legales que regulan el recurso que se decide ante la Corte".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, de acuerdo en parte con él, DECLARA DESIERTO el recurso interpuesto contra la sentencia de veintiseis de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro, por la cual se condenó a José Antonio Márquez, Pedro Alberto Ospina Betancourt, Luis Carlos Raigoza Pareja, Desiderio Antonio Villa y José Octaín Ríos, a la pena principal de cuatro años de presidio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty Montenegro — Jesús Estrada Monsalve — Ricardo Jordán Jiménez — Luis Zafra. — José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

ELEMENTOS ESENCIALES DE LA ESTAFA.—NO OBSTA PARA QUE EL DELITO DE ESTAFA SE CONFIGURE EL HECHO DE QUE LA VICTIMA ACTUE CON FINES INMORALES O ANTIJURIDICOS. — FALSIFICACION DE MONEDAS

1.—La estafa —forma aguda de criminalidad evolutiva y fraudulenta— se caracteriza por un daño patrimonial ocasionado mediante engaño tendiente a obtener un beneficio indebido para sí o para otro. Es un delito intelectual, de naturaleza proteiforme, dada la variabilidad de los medios artificiosos que pueden ponerse en juego para perjudicar a los demás. Ya decían las Partidas que no es posible contar de cuántas maneras los hombres engañan a los hombres. Este delito —producto de la civilización— ofrece la particularidad de que el delincuente practica su codicia burlando, generalmente, la codicia ajena con sistemas que suscitan en la víctima un estado de optimismo e ilusión respecto de fáciles ganancias.

2.—La estafa tiene un proceso sucesivo de hechos que guardan entre sí una relación causal: primero, el empleo de un ardid que mueve el interés del ofendido en el negocio que se le propone; surge luego en la víctima un error determinante; y por último, ella hace la disposición patrimonial en provecho del responsable. Así, el ardid da nacimiento al error, y éste, a su vez, ocasiona la prestación que lesiona al sujeto pasivo. Por lo tanto, ardid, entrega voluntaria de la cosa, perjuicio del engañado y provecho ilegítimo del agente son los elementos necesarios para tipificar la estafa. Tales presupuestos se hallan previstos admirablemente en el artículo 408 del Código Penal, que dice:

"El que induciendo a una persona en error por medio de artificios o engaños, obtenga un provecho ilícito con perjuicio de otro, incurrirá en prisión de uno a siete años y multa de diez a dos mil pesos".

ARDID equivale a mañoso, astuto y sagaz. Es comportamiento artero para el logro de algún intento. Se semeja a una especie de instigación, en cuanto mueve, persuade y domina la psiquis ajena. Es camnar al través del alma de otro, en orden conseguir un fin determinado. Y tratándose de la estafa, el ardid es el astuto despliegue de medios engañosos encaminado a convencer al sujeto, creándole un juici falso, para que haga una concreta presta ción que lesiona sus intereses.

Acerca de este primer requisito de la estafa, es universalmente conocida la teorí francesa de la MISE EN SCENE, según l cual, el timador debe valerse de artificio materiales, y no de simples palabras, para realizar la infracción contra el patrimonio Pero hoy la doctrina ha revaluado ese concepto, admitiendo que no es necesaria una gran aparatosidad escénica y que puede bastar la simple mentira del estafador, cuando éste tiene el deber jurídico de decir la verdad, o cuando por las especiales circunstancias del caso y teniendo en cuenta la credibilidad que merece el responsable, la víctima creyó razonablemente en sus asertos, que resultaron pérfidos. En esta materia, no se pueden sentar reglas absolutas, y siempre deben apreciarse la peligrosidad del agente y las condiciones personales del estafado, ya que una de las artes más habilidosas del embaucador es la de escoger a su víctima para explotarla en sus debilidades y pasiones. El criterio para juzgar la idoneidad del ardid es, pues, relativo.

Otro de los elementos sustanciales de la estafa es el ERROR, o sea la representación equivocada que se tiene sobre una cosa. Pero debe ser un error esencial y determinante de la voluntad, que provenga de la falsa creencia suscitada por el ardid, de tal manera que sin ese error, la víctima jamás hubiera entregado el objeto que persigue el autor de la estafa.

3. — Una interesante cuestión que surge en el delito de estafa, es la de saber si tal ilícito subsiste cuando el engañado actúa

con fines inmorales o antijurídicos, y en ese empeño, se le causa un perjuicio.

Carrara niega rotundamente la estafa en dicha hipótesis, porque —dice— "la víctima del delito es más execrable que quien la engañó". Y pone algunos ejemplos: el de la mujer que ha ido a la casa de la hechicera, a fin de que le diese un filtro para hacer morir a su propio marido. La hechicera le cobró una buena suma de dinero, pero le dio una bebida inocente; y el del rico malvado que prometía mil escudos al que matase a su enemigo. Un malandrín desesperado aceptó la oferta, prometió matar, dio a entender que había matado y cobró el dinero.

Sin embargo, la tesis del maestro de Pisa no tiene hoy aceptación, porque en el campo represivo y de la defensa social, la inmoralidad de la víctima no es causa de justificación de la conducta del delincuente, si lo hecho por éste reúne todos los requisitos de un delito. En este sentido, no hay compensación de dolos ni de culpas en la recíproca actividad de los sujetos de la acción criminosa. Por eso, cuando Pedro aceptó dinero de Juan para matar a Diego, lo recibió y le dio muerte a éste, los dos primeros sujetos son responsables de homicidio agravado. Pero si Pedro, mediante engañosas promesas a Juan de cometer ese delito, obtuvo el dinero, se quedó con él y no cumplió —como era su propósito— la oferta de eliminar a Diego, es claro que consumó una estafa, a pesar de que la víctima de ésta obró con la más repugnante intención al procurar el asesinato de Diego.

Aplicando esta última tesis al caso subjudice, se tiene: el hecho de que N. N. celebrara una negociación delictuosa con los procesados, como fue la compra de billetes falsos, no desnaturalizaría el delito de estafa, si en ese contrato ilícito el comprador hubiese sido engañado y puesto en error para perjudicarlo en sus intereses económicos. Tal ocurriría por ejemplo, en el caso de que la oferta hubiera sido de billetes muy bien confeccionados y semejantes a los de circulación legítima; y, al hacerle la entrega, le hubieran dado otros de pésima fabricación, sin posibilidad alguna, por lo mismo, para ser aceptados en las relaciones sociales y del comercio. Pero si los acusados le plantearon francamente a N. N., sin ningún engaño, la venta de los billetes falsificados y él aceptó ese negocio, a sabiendas de la falsedad de los billetes que iba a comprar, no se ve en dónde puedan concurrir el ardid y el error, que son elementos esenciales de la estafa.

4.—El Tribunal incurrió en error en la denominación jurídica de los hechos punibles, al reputar como estafa lo que propiamente configura una falsificación de monedas. Y ese error implica nulidad sustancial en el proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Penal. Bogotá, diez y seis de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra)

Vistos:

Pasa la Corte a fallar las dos demandas de casación presentadas por el apoderado de Francisco Antonio Prieto y Luis Ernesto Avila, quienes fueron condenados por el Tribunal Superior de Pamplona a las penas principales de siete años de prisión y multa de novecientos pesos para cada uno, como responsables del delito de estafa en bienes de Teodoro Torres.

Invoca el actor las causales segunda y cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que sustenta con unos mismos argumentos. Por eso, se estudiarán en un solo capítulo.

Causales segunda y cuarta. — Errada interpretación o apreciación de los hechos, y nulidad del juicio.

Sostiene el demandante que, dada la calidad del contrato que celebraron los procesados con la víctima —compra-venta de billetes venezolanos falsos—, no hubo estafa, por ausencia de engaño o ardid, que es elemento constitutivo de dicho delito; que en tales circunstancias, si existió algún ilícito, sería el de circulación de moneda extranjera falsa; y por lo mismo, al enjuiciar y condenar a Prieto y a Avila por estafa, se incurrió en error sobre la denominación jurídica del hecho punible, lo cual es motivo de nulidad conforme al artículo 198, inciso 8º, del Código de Procedimiento Penal. En ese sentido, el juzgador interpretó mal los hechos y dejó de apreciar otros,

pues condenó a los acusados sin obrar la plena prueba de su responsabilidad "por el delito de estafa", máxime cuando tampoco se acreditó que el presunto ofendido les hubiese entregado la suma de 13.000 bolívares que él cita en su denuncia.

Considera violados los artículos 408 del estatuto represivo y 203 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

Pide que se infirme la sentencia impugnada y se ponga incondicionalmente en libertad a Prieto y a Avila.

Se transcriben en seguida las partes sustanciales de la acusación:

"De modo que si Francisco Antonio Prieto y Luis Ernesto Avila le propusieron a Teodoro Torres la compra de 50.000 bolívares falsos por 25.000 bolívares legítimos, buenos, y éste aceptó y fue a su residencia de Táriba a buscar la manera de tener esa cantidad de bolívares sanos, de que trata el expediente, no se puede sostener que exista aquí el ardid y el engaño esenciales para configurarse el delito de estafa...

"Las palabras dichas por Prieto y Avila y que sostiene el contradicho denunciante, de que comprando treinta y ocho mil novecientos bolívares falsos por trece mil bolívares sanos, ganaría mucho, no alcanza a determinar un error en Torres para celebrar la compraventa de bolívares falsos, porque ya él sabía que eran falsos, efectuaba la compraventa a sabiendas de que daba trece mil bolívares sanos para adquirir treinta y ocho mil novecientos bolívares falsos, obraba a sabiendas de que efectuaba una compra de moneda venezolana falsa, para hacerla circular en su país y derivar esa ganancia que él libre y voluntariamente ambicionaba. Digo que libre y voluntariamente ambicionaba, porque un hombre de sus condiciones, de su capacidad para producir, no podía ignorar, como no lo ignoraba él ni nadie, que esas ganancias cuantiosas, serían siempre y cuando no fuera sorprendido en el negocio de circulación de moneda falsa que estaba realizando. Tanto es ello así, que esta conciencia que tenía y tiene el denunciante Teodoro Torres de que era copartícipe de un ilícito, si lo hay, **circulación de moneda extranjera falsa,** es lo que lo induce tres veces en sus declaraciones-denuncias juramentadas a perjurar, a faltar a la verdad, a ocultar los verdaderos hechos y a falsearlos, para ocultar cuidadosamente su verdadera actividad de copartícipe en la circulación de moneda extranjera falsa...

"El Tribunal, en la sentencia recurrida, olvida considerar el siguiente hecho plenamente co probado: en el sitio indicado por el denuncia Torres, encontraron los agentes de la Seguri de Cúcuta, los treinta y ocho mil novecientos l lívares falsos objeto de la compraventa que d el denunciante Torres efectuó con los procesad Prieto y Avila, en trescientos ochenta y nue billetes de cien bolívares cada uno...

"De modo que está plenamente probado q Prieto y Avila cumplieron con entregar a T rres los bolívares falsos que éste había co prado a **sabiendas de que eran falsos.** Hecho és como se demuestra, que tiene un valor de pler prueba y que sin embargo el Tribunal Superi de Pamplona no tomó en cuenta".

Luego alude el actor a la prueba sobre la pr piedad y preexistencia de los 13.000 bolívares, concluye que, a este respecto, sólo existen las d claraciones contradictorias del denunciante, la cuales, por lo mismo, no acreditan el hecho.

Por último, acerca de la nulidad expresa:

"Por la errada interpretación y apreciación d los hechos en la sentencia recurrida, que les h atribuído un valor probatorio que no tienen, e el sentido de suponer que configuran ellos el de lito de **estafa,** cuando de la correcta interpreta ción y apreciación de esos hechos se concluye qu este delito no podía configurarse, por faltar los elementos esenciales del **ardid y del engaño...** se ha incurrido desde el auto de proceder en la nulidad contemplada en la primera parte del inciso 8º del artículo 198 del C. de P. P.; pues se ha denominado jurídicamente desde ese auto a la infracción **estafa,** siendo así que como se ha demostrado, los hechos no configuran ese delito por faltar los dos elementos esenciales de él que se acaban de citar. La sentencia recurrida del Tribunal Superior de Pamplona no ha tenido en cuenta esta nulidad y por consiguiente, se ha dictado en juicio viciado de nulidad, incurriendo así en la causal 4ª de casación del artículo 567 del C. de P. P.".

Por su parte, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal rechaza los cargos. En extensa y ordenada exposición, encuentra que "la serie de artificios o engaños empleados por los dos sentenciados Avila y Prieto, indujeron a error a Torres y que, en consecuencia, éste al entregar su dinero, tuvo un consentimiento viciado como culminación del acto o negocio que habían celebrado"; pues se llevó "al convencimiento de Torres la posibilidad de una fantástica ganancia, por medio de toda la aparatosidad y promesas fala-

, capaces de determinar su voluntad y hacer e entregara de este modo su dinero sobre la se de la seguridad que le habían dado y de las las mentiras que acompañadas de aparata- propio de esta clase de engaños, habían logra- establecer un falso juicio en el negociante sionado y halagado por tales causas eminente- ente ilícitas".

Observa también el distinguido colaborador de Sala que la demanda no está lo suficientemen- ajustada a la técnica de este recurso extraor- nario, y solicita que no se case el fallo recu- ido.

Para resolver tiene en cuenta la Corte:

Contra Francisco Antonio Prieto y Luis Erneso Avila se adelantó acción penal y se les con- enó, en virtud de que, mediante maniobras en- añosas, se hicieron entregar de Teodoro Torres, udadano venezolano, la suma de trece mil bo- vares, equivalentes a once mil setecientos pesos olombianos, según avalúo pericial que obra en l proceso. Lo anterior ocurrió en la ciudad de úcuta el 12 de mayo de 1953.

¿Cómo sucedieron los hechos? Al respecto, la nica fuente de información procesal es el testi- nonio del ofendido Torres, ya que de parte de los rocesados nada en concreto se saca, porque Prie- o negó ahincadamente las imputaciones, y Avila e limitó a reconocer que había sido un interme- iario en el negocio celebrado por el denunciante on Prieto, pero sin saber qué clase de trato hi- cieron.

Conviene, pues, conocer lo que expuso Teodoro Torres, y que se transcribirá textualmente en sus partes esenciales para mayor fidelidad de su pen- samiento. Por cuatro veces declaró Torres y en sus dichos —hay que destacarlo desde ahora— se notan reticencias, evasivas, vaguedades y no po- cas contradicciones.

1ª versión. — En su denuncia formulada el 15 de mayo de 1953, afirma:

Que unos veintisiete días antes, hallándose operado en la Clínica Gelvis de Cúcuta, se le pre- sentó un sujeto llamado Ernesto Avila y le pro- puso un negocio de contrabando de joyas, con el cual se ganaría el doble del capital, pues que por veinticinco mil bolívares que diera, le entregaría joyas por valor de cincuenta mil bolívares; que le mostró al señor que tenía las joyas, con quien el denunciante se entrevistó después en un ho- tel; que el poseedor de las joyas le manifestó que ellas serían traídas de Barranquilla dentro de ocho días, al cabo de los cuales se vio con Avila en el Café Alhambra y lo puso en contacto con aquél; que estando el exponente en su residen- cia de Táriba (Venezuela), Avila fue a ese lugar y le manifestó "que ya estaba el negocio listo" y que al otro día debían encontrarse en la esquina del Parque de Santander (en Cúcuta, aclara la Corte), de diez y media a once. Y continúa To- rres así:

"Ernesto llegó a esa hora y yo estaba ahí. Me dijo que ya estaba la mercancía o las joyas, y que lo esperara un momento que las iba a pre- parar, **porque eran de contrabando y que eso era muy delicado.** Me llevó entonces a una casa don- de yo entré y me pusieron un asiento y habían dos señores más allí en esa casa, fuera de la due- ña... Junto con yo sentarme en el asiento, me dijeron que tenía que llevar con cuidado la mer- cancía y después de eso me condujeron a una pieza donde yo no supe cómo entré, pues yo me quedé como loco, y ahí me propusieron el nego- cio y me sacaron trece mil bolívares, en siete bi- lletes de a quinientos y el resto en billetes de a cien. Yo salí de la casa tonto, que no sabía lo que hacía y Ernesto fue conmigo hasta el Rosario a entregarme allá las joyas y llevaba él un ácido, el cual decía que era para entregármelas bien. **Yo ví cuando Ernesto sacó unos papeles que a mí no me convenían, entonces yo le dije que eso no me convenía a mí,** pero él me dijo que espe- rara un momentico, que le cogiera un poco de agua en la toma y de ahí se extravió el hombre cuando yo fuí a coger el agua. Se fue y me dejó un paquete, yo lo oculté debajo de un tamito y seguí a Ernesto, pero no lo alcancé". (Ha subra- yado la Corte).

Al preguntarle el investigador si los papeles que le dio Ernesto, eran en forma de billetes y si estaban en blanco o escritos, contestó: "Eran como negros y estaban en forma de billetes". El funcionario siguió interrogándolo como sigue:

"Preguntado: Diga usted si el señor cuando es- taba en el Rosario, le manifestó que se trataba de billetes y que trayendo el agua se traía (sic) y se quedaban convertidos en billetes? Respon- dió: Sí, él me dijo que trayendo el agua los bi- lletes negros se convertirían en billetes de ver- dad, y yo le dije que eso no me convenía a mí. Preguntado: Diga usted de qué manera adquirió usted los trece mil bolívares? Respondió: Los trece mil bolívares los adquirí de mi negocio, vendiendo animales, ganado y bestías. Ese día que venía a hacer el negocio le vendí un ganado a un muchacho para trasladarlo a Morotuto. Pre-

guntado: Diga si el señor Ernesto le alcanzó a convertir un papel de esos que le daba en billetes? Respondió: No señor, él no me transformó ningún papel de esos en billetes porque me dijo que se le había quedado un ácido". (Fs. 1 y 2, cuaderno 1º).

2ª versión.—El 26 de mayo de 1953, Torres fue careado con Luis Ernesto Avila, e hizo el siguiente relato:

"Yo estaba hospitalizado en la Clínica Gelvis. Ernesto empezó a entrar en conversa conmigo en la Clínica, cuando me propuso un negocio de unas joyas, que sería para ganar el doble... El siguió visitándome todos los días con la misma conversa, donde me dijo que **las joyas venían de contrabando, que tenía que ser un negocio con cuidado,** después de eso me llevaron a mí para la casa y Ernesto me hizo el viaje allá a Táriba, y me llegó con el mismo tema de que reuniera la plata que ya estaban las joyas. Donde me dijo que viniera el martes a las once del día que nos encontrábamos en la esquina del Alhambra, nos encontramos ahí, me condujeron a una casa de una señora, donde yo junto con entrar perdí el conocimiento. Ahí me robaron trece mil bolívares. Ernesto es el causante de todo. Hablaron los tres señores con quien me condujo él a la pieza, donde yo salí ahí todo aturdido y Ernesto se fue conmigo a entregarme las joyas y fue hasta Santa Rosa, donde ahí se me escapó y él se vino. Ernesto me dijo allá que ahí estaba eso, donde yo le dije que eso no me convenía, y Ernesto me dijo que fuera por un poco de agua, no sé para qué sería, yo fui a coger el agua y Ernesto se vino. Pero al otro día con un detective yo logré localizarlo. Eso es todo... Preguntado el testigo Torres: ¿Qué responde usted a lo que dice el sindicado Avila, de que usted fue la persona que sacó de la casa situada en la Avenida 10, entre calles 11 y 12 un paquete y lo echó a la camioneta y que dijo ahí van nueve? Respondió: Yo no saqué nada de allá, yo salí de allá como loco. **El catire me obsequiaba un cigarrillo y me instó que me lo fumara, pero yo nunca me fumo un cigarrillo".**

A unas preguntas hechas por el apoderado de Avila, Torres contestó: "Yo concurrí a la cita porque Ernesto no me dijo que era contrabando... Ernesto me había dicho a mí de un negocio que había, no me había dicho de qué era, pero ese día sí me dijo que **eran unas joyas de contrabando,** después de tenerme adentro de la pieza. Preguntado: Diga si cuando usted penetró a la casa ingirió, fumó o libó algún líqui que le suministraron los sujetos a que usted ha referido en esta diligencia? Respondió: Cua do yo entré a la pieza, ellos me pusieron una lla y de ahí en adelante yo perdí el conocimien Preguntado: ¿En qué momento recobró usted conocimiento? Respondió: Yo duré como oc días atulampado, aturdido. Preguntado: ¿De t manera que desde el momento en que usted di tomó el asiento, perdió completamente la mem ria? Respondió: Perdí el conocimiento. Pregu tado: ¿De tal manera que los recuerdos o el c nocimiento no tomaron su normal desarrollo ps quico sino después de ocho días? Respondió: T davía tengo un dolor en el cerebro. Preguntad Siendo así como usted nos manifiesta que el ó gano principal que fija la idea y produce el re cuerdo estaba completamente atrofiado com efecto del fenómeno anormal que usted sintió e su organismo al quedar atulampado, ¿cómo nc pudo entonces dar un relato tan perfecto sin sc lución de continuidad de todos los episodios qu usted vivió desde el momento en que entró a l casa hasta el instante en que se le fugó el sujet que dice usted lo mandó a recoger agua y le sac un paquete? Respondió: Porque eso lo hice yc como loco, **pero siempre recordaba de Ernesto** Preguntado: Diga usted cómo hizo para salir de la casa y de qué medios se valió para la movili zación? Respondió: Porque Ernesto me sacó de la casa y Ernesto me movilizó. Preguntado: ¿Cómc hizo usted para proporcionarse la noticia acerca del nombre del punto donde dice se le entregó el paquete? Respondió: Porque yo estuve trabajando de pequeño ahí, cuando estaba de once años... Preguntado: ¿En qué momento pudo usted darse cuenta de que se trataba el negocio de la falsificación de billetes de su país? Respondió: Yo me dí cuenta en la investigación. Preguntado: Siendo así como usted nos afirmó que había perdido totalmente el conocimiento para recobrarlo ocho días después, ¿cómo pudo discernir entre la bondad y la maldad del negocio que se le proponía en Santa Rosa? Respondió: Por una idea de que me faltaba la plata entre el bolsillo. Preguntado: ¿Entonces usted sí tuvo la intención cuando se vino de Táriba y recogió el dinero para intervenir en el negocio, de pasar a Venezuela las joyas que le habían ofrecido? Respondió: **Porque yo creía que eran algunas mulas,** en lo que yo trabajo. Preguntado: Pero usted nos manifestó en el denuncio que desde la Clínica Cúcuta, Ernesto Avila le había manifestado a usted que reuniera

suma de veinticinco mil bolívares y que él le ba a usted la suma de cincuenta mil bolívares joyas; ¿cómo se explica usted que ahora nos anifieste que usted creía que se trataba de un gocio de mulas? Respondió: Porque como yo unca había hecho un negocio de esos, yo creía e eran algunas mulas que me iban a vender". Fs. 28 v. a 32). Ha subrayado la Corte.

3ª versión.—El 30 de junio de 1953, Torres amlió su denuncia y luego de decir cómo adquirió s trece mil bolívares que afirma le estafaron, ace este relato:

"El primer día que Avila me presentó al señor rieto, me llevaron a un hotel que queda en la venida 7ª, más arriba de la Clínica Gelvis áenz, a mano derecha bajando, allá en el hotel e llevó a una sala donde estuvimos conversanlo. Prieto metió la mano al bolsillo y sacó un ote de salmón y me dijo que si eso me servía a mí para llevar para Venezuela, y yo le dije que o porque eso era más barato allá que aquí. Enonces él me dijo que iba a ver lo que contenía cogió un destapador y lo destapó y **sacó un paquete de billetes colombianos, donde yo le dije que eso no me convenía a mí** y entonces él me dijo que le echara llave a la boca. **Los billetes eran de a peso colombiano**... Yo le dije que no, que eso no me convenía a mí **porque yo no compraba nada aquí en Colombia**... Después Ernesto me dijo que eso no se le podía contar a nadie, porque aquí era muy peligroso a que lo mataran a uno...". (Fs. 93 y v.). Ha subrayado la Corte.

4ª y última versión.—El 8 de julio de 1953 y por haberlo dispuesto así el Juez 2º Municipal de Cúcuta, Torres amplió nuevamente su denuncia. De esa diligencia se toma lo que sigue:

"...Luis Ernesto Avila entró en conversación conmigo varios días, él me visitaba todos los días a la pieza, ahí nos hicimos conocidos con ese señor Avila. Como a los cuatro días de estarme visitando me pintó un negocio, me dijo que si yo no conocía a un individuo de allá de Venezuela que era muy rico, donde él me lo mentó y yo le dije que no lo conocía; y me dijo: ese individuo se ganó setenta mil bolívares en un solo negocio y así es que yo voy a decirle a usted que como usted se encuentra enfermo, yo lo quiero ayudar a usted en ese negocio porque a usted le va tocar que ir a Bogotá a curarse, porque aquí hay unos agentes que trabajan de Barranquilla, aquí, trabajan con una mercancía que le sirva a usted, **que usted dando** VEINTICINCO MIL BOLIVARES, **ellos le entregan a usted** CINCUENTA MIL BOLIVARES; **yo le contesté: Pues es muy bueno el negocio, pero qué raro que usted no esté rico;** él me dijo: es por la sencilla razón de que yo no tengo dinero para hacer ese negocio, **y entonces yo le dije: a mí no me interesa eso, porque yo negocio que no conozca no lo hago;** él me contestó: es la oportunidad de que usted saque para todos los gastos de su enfermedad y yo lo voy a presentar a usted ante los agentes viajeros; total yo le dije: es perdido el tiempo porque yo no tengo orita plata en efectivo; él me dijo: ¿pero sí tiene de qué hacerla? Yo le dije: tengo un ganadito que tengo que venderlo, y entonces me dijo: pues véndalo y hace el negocio y yo lo ayudo a usted a que lo haga y después usted me ayuda a mí en alguna cosa. A los ocho días de yo haber salido de la Clínica Gelvis y me fuí para Táriba, Luis Ernesto Avila me llegó a la plaza y me dijo... que le hiciera el favor de prestarle veinte bolívares, yo se los presté; después de haberle prestado los veinte bolívares me dijo que el agente viajero quería hablarse conmigo, que él me había ayudado con él y me había recomendado, que cuándo venía para Cúcuta; yo le dije que al otro día martes venía a llevar unos veintiocho vestidos para la Policía de Táriba; él me dijo que trajera la plata que pudiera reunir, que el negocio era muy bueno, que no dejara de hacerlo; yo vine donde el señor Cárdenas que tiene una sastrería y recibí la ropa de la Policía y la mandé; después de esto me encontré con Luis Ernesto Avila y me dijo que cuánta plata había traído, yo le dije que había traído unos trece mil bolívares y me dijo que fuéramos donde estaban los agentes viajeros que querían hablar conmigo; yo me fuí con él, llegamos a una casa donde estaban dos señores sentados, y éste me los presentó y el uno se llamaba Francisco Antonio Prieto; me pusieron una silla donde yo me senté, al sentarme ahí **perdí el conocimiento un poco, es decir me puse muy nervioso;** en seguida me dijeron que siguiera más adelante, para otra pieza, para que habláramos del negocio.

"Francisco Antonio Prieto metió la mano en el bolsillo y sacó un potecito como de salmón y me dijo que si eso no me interesaba a mí; yo le dije: eso es más barato en Venezuela, y él me dijo: orita va a ver lo que contiene; cogió un destapador y lo destapó, le quitó por encima una cosita como roja, como una pastica, sacudió el pote en una ponchera de agua y sacó un taco forrado en aluminio y con la uña lo rompió y

sacó una cinta de billetes colombianos de a peso, y me dijo: ¿esto no le interesa a usted? Yo le dije: casi no conozco la plata colombiana, por eso no me interesa; entonces él me dijo: Si no le interesa esto no se le puede decir a nadie, total, reserve ese secreto, y yo no le contesté más nada; después de eso me preguntaron: ¿y usted en qué trabaja? Yo le dije: yo compro ganado y vendo, y me dijo: pues este negocio es maravilloso para usted, ¿y cuánto dinero trae hoy?; yo no sabiendo lo que estaba haciendo les dije: traigo **trece mil bolívares,** y entonces me dijeron: **nosotros tenemos aquí** CINCUENTA MIL BOLIVARES, **pero usted tiene que darnos** VEINTICINCO BOLIVARES; yo les dije entonces que yo no hacía negocio; entonces me dijo Francisco Antonio Prieto: usted parece ser un hombre honrado, le vamos a dar un crédito para que usted pueda seguir trabajando con tranquilidad y me dijeron: muestre los trece mil bolívares a ver en qué plata los trae; yo les saqué y Francisco Antonio Prieto los cogió; llevaba siete billetes de quinientos bolívares y el resto de billetes de cien bolívares; iba un billete colorado que les llamó la atención y le dijo el catire a Francisco Antonio Prieto: mira qué billete éste, tenía bastante de no ver de estos billetes; éste le dijo: volvé y cuenta la plata **porque Luis Ernesto le va a entregar cincuenta mil bolívares;** yo callado la boca no les contestaba nada porque no tenía valor ni para hablar; **Luis Ernesto Avila me dijo: vamos para entregarle cincuenta mil bolívares;** yo salí callado para afuera; me llevó en un carro hasta la entrada de la hacienda de Santa Rosa; ahí le dijo al chofer: déjenos aquí y le pagó el pasaje, y me dijo: **vamos ahí para entregarle el dinero;** yo seguí con él, dentramos a un cañal, donde **me sacó una paca de billetes que no eran igual a los que yo le había dado a Francisco Antonio Prieto en presencia de Luis Ernesto Avila y el otro catire; esos son billetes mugrosos, le dije yo;** él me dijo: no, traiga un poquito de agua y verés cómo quedan bien; yo me fui a traer el agua y él salió en carrera...

"Preguntado: ¿Cuál fue el motivo para que usted en el denuncio que formuló en la Oficina de Permanencia, no relató los hechos como ahora lo hace en esta ampliación? Contestó: El motivo, yo no dí la declaración bien conforme era, porque yo sabía que a él (se refiere a Luis Ernesto, aclara la Corte), lo iban a soltar y él me había amenazado a mí, que si descubría el secreto que me moría, pero ahora sí relato el denuncio conforme fue porque me encuentro alentad y capaz para lo que me toque.... Preguntad En el primer denuncio que formuló usted ha referencia a un ácido... ¿Podría usted aclar lo referente al ácido y cuáles eran los papel que a usted no le convenían? Contestó: Yo **dije que eso no me convenía porque esos bill tes no eran iguales a los que yo le había entr gado;** él me dijo que trajera un poquito de agu y en eso se me fue. El me dijo que llevaba u ácido **para lavar las joyas, pero allá resultó fu con una paca de billetes falsos**... Preguntad ¿En qué momento se le planteó a usted el nego cio de las joyas de contrabando? Contestó: E **me planteó el negocio de las joyas cuando está bamos allá en la casa y me tenían encerrado**.. Preguntado: ¿Usted en qué momento preciso s dio cuenta de que el negocio no era de joyas sin del cambio de trece mil bolívares por cincuenta mil bolívares? Contestó: **Cuando estábamos allá en la callejuela de Sta. Rosa que él me lo dijo**.. Preguntado personalmente por el señor Juez Sírvase explicar de una manera clara y precisa el negocio celebrado por usted con Avila, los antecedentes de dicho negocio y si el objeto de él **eran joyas o billetes?** Contestó: **El me había dicho que eran joyas, pero después salió con la paca esa.** Preguntado: ¿Los billetes que se le ponen de presente no le fueron presentados a usted en la pieza? (Se hace constar que le fueron puestos de presente los billetes que figuran como cuerpo de delito en estas diligencias). Contestó: **No recuerdo de haberlos visto porque yo estaba aturdido, a mí la vista se me puso colorada.** Preguntado: Laureano Ballesteros dijo en declaración rendida que usted le había referido el negocio celebrado con Luis Ernesto Avila de la manera siguiente:...

"Se deduce, pues, de esta declaración que usted anteriormente había estado en el hotel en donde Avila y Prieto le propusieron un negocio de billetes falsos. ¿Podría usted decir si fue cierto lo afirmado por Laureano Ballesteros, quien dijo habérselo contado usted? Contestó: **Sí, doctor, sí fue cierto que me hicieron una demostración con billetes colombianos que sacaron de una lata**... Preguntado: ¿Quiénes estaban ese día en el hotel? Contestó: Me propuso Francisco Antonio Prieto y Luis Ernesto que estaba (sic) ahí presente. **El señor Luis Ernesto Avila me propuso que le llevara veinticinco mil bolívares; me me dio a mí un billete de veinte bolívares. El me propuso a mí que le comprara cincuenta mil bo-**

ívares de billetes falsos y él me dijo que eso venía de Barranquilla, **que eso venía de contrabando,** que aquí habían muchas personas que los tenían ellos ricos, pero no me dijo a **quiénes, totalmente que yo me dejé sugestionar de ese modo; antes me había dado un billete de veinte bolívares para que lo llevara de muestra,** pero yo no quise mostrárselo a nadie; yo el mismo billete fue el que le presté cuando **fue a Táriba y me** dijo que le prestara veinte bolívares, yo le presté el mismo billete;... **él me dijo en Táriba que vendiera el ganado barato aunque le perdiera que con el otro negocio me defendía; yo vendí el ganado... y reuní la plata esa...** Preguntado: ¿El día que día ese (sic) que se encontraron después del viaje a Táriba, le mostraron a usted los billetes? Contestó: **Sí me los mostraron, pero yo estaba todo tonto y yo no les contesté nada,** me dijeron que mostrara la plata haber (sic) cómo la llevaba; yo la saqué y se la mostré y Francisco Antonio Prieto la cogió y la contó.... **y me dijeron váyase con don Ernesto que ese le va a entregar la plata;** yo salí callado con él sin hablarle nada y me llevó hasta la callejuela de Santa Rosa **y ahí me mostró la paca de billetes** y me dijo que se le había rompido el frasco del líquido, pero que buscara un poco de agua, **y yo le dije que eso no me convenía, que me devolviera mi plata** y de ahí se me escapó... Preguntado: ¿Entonces usted se vino de Táriba con la intención de cambiar billetes buenos de su país por billetes falsos y hacerlos circular en Venezuela? Contestó: **Yo le dije que no compraba eso,** pero como me siguió con el tema me sugestionó hasta que me hizo venir, tal punto". (Fs. 110 a 115). Ha subrayado la Corte.

Se observa que el ofendido Teodoro Torres presentó la denuncia, no en forma espontánea, sino por consejos de su amigo Laureano Ballesteros, a quien le hizo confidencia sobre lo que le había acaecido con Prieto y Avila, contándole que lo habían estafado por medio de un negocio consistente en darle ellos "cincuenta mil bolívares en efectivo por veinte mil o veinticinco mil bolívares". (Fs. 108).

Una de las primeras actividades del Detectivismo fue la de trasladarse, en unión de Ballesteros y de Torres, al lugar donde éste dijo que había dejado escondido el paquete que le entregó el procesado Avila; y, efectivamente, allí encontraron dicho paquete, que contenía "trescientos ochenta y nueve **bolívares falsos**... de a **cien bolívares cada uno**" (fs. 14), o sea la cantidad total de 38.000 bolívares falsificados.

En los múltiples testimonios de Torres, se nota claramente el esfuerzo que hizo por disfrazar la verdad de los hechos, lo que obedeció, sin duda, a la naturaleza del **contrato ilícito** que él refiere, enunciándolo primero como un negocio de joyas de contrabando, y luégo —que es la versión definitiva— como una compra de bolívares falsos a cambio de bolívares legítimos en cantidad menor.

Porque eso que afirma Torres, de que perdió el conocimiento y quedó como loco en los momentos en que entregó los trece mil bolívares a los procesados, se encargó él mismo de destruírlo, al revelar en sus narraciones una memoria completa acerca de todos los episodios de la negociación, lo cual indica que su mente se hallaba en plena lucidez y normalidad cuando se consumó la infracción; y al manifestar después que la inconsciencia consistía en que se puso "muy nervioso". De otro lado, no existe en el proceso ninguna prueba acerca de que los acusados hubiesen recurrido al empleo de estupefacientes, narcóticos o anestésicos para reducir a la impotencia a Torres y quitarle los trece mil bolívares, circunstancia que, de hallarse demostrada, constituiría un delito de robo.

¿El contrato ilícito que plantea Torres configura un delito de estafa?

La estafa —forma aguda de criminalidad evolutiva y fraudulenta— se caracteriza por un daño patrimonial ocasionado mediante engaño tendiente a obtener un beneficio indebido para sí o para otro. Es un delito intelectual, de naturaleza proteiforme, dada la variabilidad de los medios artificiosos que pueden ponerse en juego para perjudicar a los demás. Ya decían las Partidas que no es posible contar de cuántas maneras los hombres engañan a los hombres. Este delito —producto de la civilización —ofrece la particularidad de que el delincuente practica su codicia burlando, generalmente, la codicia ajena con sistemas que suscitan en la víctima un estado de optimismo e ilusión respecto de fáciles ganancias.

La estafa tiene un proceso sucesivo de hechos que guardan entre sí una relación causal: primero, el empleo de un ardid que mueve el interés del ofendido en el negocio que se le propone; surge luégo en la víctima un error determinante; y por último, ella hace la disposición patrimonial en provecho del responsable. Así, el ardid da nacimiento al error, y éste, a su vez,

ocasiona la prestación que lesiona al sujeto pasivo. Por lo tanto, ardid, error, entrega voluntaria de la cosa, perjuicio del engañado y provecho ilegítimo del agente son los elementos necesarios para tipificar la estafa. Tales presupuestos se hallan previstos admirablemente en el artículo 408 del Código Penal, que dice:

"El que induciendo a una persona en error por medio de artificios o engaños, obtenga un provecho ilícito con perjuicio de otro, incurrirá en prisión de uno a siete años y multa de diez a dos mil pesos".

Ardid equivale a mañoso, astuto y sagaz. Es comportamiento artero para el logro de algún intento. Se semeja a una especie de instigación, en cuanto mueve, persuade y domina la psiquis ajena. Es caminar al través del alma de otro, en orden a conseguir un fin determinado. Y tratándose de la estafa, el ardid es el astuto despliegue de medios engañosos encaminados a convencer al sujeto, creándole un juicio falso, para que haga una concreta prestación que lesiona sus intereses.

Acerca de este primer requisito de la estafa, es universalmente conocida la teoría francesa de **la mise en scéne**, según la cual, el timador debe valerse de artificios materiales, y no de simples palabras, para realizar la infracción contra el patrimonio. Pero hoy la doctrina ha revaluado ese concepto, admitiendo que no es necesario una gran aparatosidad escénica y que puede bastar la simple mentira del estafador, cuando éste tiene el deber jurídico de decir la verdad, o cuando por las especiales circunstancias del caso y teniendo en cuenta la credibilidad que merece el responsable, la víctima creyó razonablemente en sus asertos, que resultaron pérfidos. En esta materia, no se pueden sentar reglas absolutas, y siempre deben apreciarse la peligrosidad del agente y las condiciones personales del estafado, ya que una de las artes más habilidosas del embaucador es la de escoger a su víctima para explotarla en sus debilidades y pasiones. El criterio para juzgar la idoneidad del ardid es, pues, muy relativo.

Otro de los elementos sustanciales de la estafa es el **error**, o sea la representación equivocada que se tiene sobre una cosa. Pero debe ser un error esencial y determinante de la voluntad, que provenga de la falsa creencia suscitada por el ardid, de tal manera que sin ese error, la víctima jamás hubiera entregado el objeto que persigue el autor de la estafa.

Una interesante cuestión que surge en el delito de estafa, es la de saber si tal ilícito subsiste cuando el engañado actúa con fines inmorales o antijurídicos, y en ese empeño, se le causa un perjuicio.

Carrara niega rotundamente la estafa en dicha hipótesis, porque —dice— "la víctima del delito es más execrable que quien la engañó". Y pone algunos ejemplos: el de la mujer que ha ido a la casa de la hechicera, a fin de que le diese un filtro para hacer morir a su propio marido. La hechicera le cobró una buena suma de dinero, pero le dio una bebida inocente; y el del rico malvado que prometía mil escudos al que matase a su enemigo. Un malandrín desesperado aceptó la oferta, prometió matar, dio a entender que había matado y cobró el dinero.

Sin embargo, la tesis del maestro de Pisa no tiene hoy aceptación, porque en el campo represivo y de la defensa social, la inmoralidad de la víctima no es causa de justificación de la conducta del delincuente, si lo hecho por éste reúne todos los requisitos de un delito. En este sentido, no hay compensación de dolos ni de culpas en la recíproca actividad de los sujetos de la acción criminosa. Por eso, cuando Pedro aceptó dinero de Juan para matar a Diego, lo recibió y le dio muerte a éste, los dos primeros sujetos son responsables de homicidio agravado. Pero si Pedro, mediante engañosas promesas a Juan de cometer ese delito, obtuvo el dinero, se quedó con él y no cumplió —como era su propósito— la oferta de eliminar a Diego, es claro que consumó una estafa, a pesar de que la víctima de ésta obró con la más repugnante intención al procurar el asesinato de Diego.

Refiriéndose concretamente a la estafa, expresa Eusebio Gómez sobre el particular:

"La opinión de Carrara traduce un criterio unilateral en la apreciación del hecho. Juzga este autor, exclusivamente, la conducta del estafado, y como es indigna, concluye negándole la protección penal; pero olvida la conducta delictuosa del estafador a quien le asegura la impunidad sólo porque el damnificado se proponía un fin ilícito.

"Más jurídica y más conforme a la buena lógica es la teoría sustentada por Manzini. Entiende este autor que cuando el agente, con engaños, induciendo a alguno en error, haya procurado para sí o para otro un provecho injusto en perjuicio ajeno, el delito de estafa subsiste, aunque el sujeto pasivo sea inducido por una causa in-

moral, delictuosa o ilícita en cualquier sentido... Manzini clasifica en tres categorías los casos que pueden presentarse:

"a) El sujeto pasivo se proponía cometer, en concurso material o moral con quien lo engañó, un hecho delictuoso (mera intención);

"b) El sujeto pasivo tenía el ánimo de cometer, por medio de aquel que lo engañó, o en concurso material con el mismo, un ilícito meramente civil (simple intención);

"c) El sujeto pasivo estuvo, mientras se encontraba con el engañador, en una efectiva relación antijurídica o inmoral (hecho antijurídico o inmoral del sujeto pasivo).

"Sostiene Manzini que en todas estas hipótesis, el estafador es punible independientemente de las consecuencias jurídicas relativas a la conducta ilícita o inmoral del estafado. **En ningún caso,** a la mera intención del estafado puede asignársele un valor jurídico que tenga eficacia positiva o negativa sobre la tutela penal... El derecho penal reprime los hechos delictuosos por la criminosidad que revelan en quienes los cometen, y no en consideración a las cualidades morales de los sujetos pasivos de los delitos". (**Tratado de Derecho Penal,** Tomo 4, págs. 236 a 238).

Aplicando estos principios, que son los indispensables para el caso **sub judice,** se tiene:

El hecho de que Torres celebrara una negociación delictuosa con los procesados, como fue la compra de billetes falsos, no desnaturalizaría el delito de estafa, si en ese contrato ilícito el comprador hubiese sido engañado y puesto en error para perjudicarlo en sus intereses económicos. Tal ocurriría, por ejemplo, en el caso de que la oferta hubiera sido de billetes muy bien confeccionados y semejantes a los de circulación legítima; y, al hacerle la entrega, le hubiera dado otros de pésima fabricación, sin posibilidad alguna, por lo mismo, para ser aceptados en las relaciones sociales y del comercio.

Pero nada de esto ha sugerido siquiera el denunciante. La única manifestación atendible de Torres, después de muchos rodeos y evasivas, fue la de que convino con los acusados la compra de "cincuenta mil bolívares de **billetes falsos**" por veinticinco mil bolívares legítimos. Y el negocio terminó dando Torres trece mil bolívares buenos por treinta y ocho mil falsificados que contenía el paquete que le entregó Luis Ernesto Avila. Y estos billetes del paquete "eran muy parecidos a los billetes común y corrientes", según lo declara el amigo íntimo de Torres —Laureano Ballesteros— que los tuvo en sus manos y los examinó (fs. 4).

Por lo tanto, si los acusados le plantearon francamente a Torres, sin ningún engaño, la venta de los bolívares falsificados y él aceptó ese negocio, a sabiendas de la falsedad de los billetes que iba a comprar, no se ve en dónde pueda concurrir el ardid y el error, que son elementos esenciales de la estafa.

Porque si se admite, al tenor de lo relata do por Torres, que los procesados trataron de convencerlo para que adquiriera billetes falsos colombianos, haciéndole maniobras con un tarro de salmón, ese truco no tuvo ninguna trascendencia, puesto que Torres rechazó insistentemente dicha compra de moneda colombiana, por no interesarle. De ahí que Avila y Prieto prescindieran de seguir ofreciéndole a Torres tal artículo, y sólo le solicitaran les guardara el secreto sobre el particular.

Respecto de la circunstancia, que impresionó al señor Procurador Delegado en lo Penal, atinente a que los responsables sugestionaron a Torres hasta conseguir que les comprara los billetes falsos, previo el convencimiento de que iba a obtener una excelente ganancia, tampoco estructura la estafa. Bien, porque esa sugestión o inducción versó exclusivamente sobre la naturaleza misma del contrato ilícito —compraventa de billetes falsos— sin mezclar otros factores que hicieran halagar y caer en error al ofendido. La "sugestión", si la hubo, fue para lograr que Torres comprara los **billetes falsos** (circulación de moneda ilegítima), mas no para hacerlo víctima de un delito de estafa. Y bien porque el decirle a Torres que iba a volverse rico con los billetes adquiridos, no era propiamente un engaño para un hombre negociante y malicioso como él, ya que esas ganancias cuantiosas, según acertada crítica del actor "serían siempre y cuando no fuera sorprendido en el negocio de circulación de moneda falsa que estaba realizando". Así lo apreció Torres cuando, al decir de él mismo, le manifestó al acusado Avila lo que sigue, a raíz de la oferta que le hizo sobre la compra de los bolívares:

"Pues es muy bueno el negocio, pero qué raro que usted no esté rico... Yo negocio que no conozca no lo hago".

En consecuencia, si la estafa no existió, en cambio, la conducta de los protagonistas del ilícito, plantea un delito de falsificación de moneda, puesto que el artículo 215 del Código Penal re-

prime al que "fabricare o alterare moneda extranjera que no tenga curso legal en Colombia, o la introduzca al país, a sabiendas de su falsedad o alteración". Y el artículo 214 ibidem sanciona igualmente al que, "a sabiendas, ponga de cualquier modo en circulación monedas falsificadas o alteradas"; y al que, "a sabiendas, las adquiera o reciba de igual modo". (Ordinales 4º y 5º).

Vale decir que el Tribunal incurrió en error en la denominación jurídica de los hechos punibles, al reputar como estafa lo que propiamente configura una falsificación de monedas. Y ese error implica nulidad sustancial en el proceso. En tal virtud, prosperan las causales segunda y cuarta invocadas en la demanda.

La nulidad reconocida debe arrancar del auto de fecha 25 de septiembre de 1953 (fs. 166, cuaderno 1º), en que el Juez del conocimiento hizo una calificación previa del delito y ordenó abrir a prueba el negocio, por tratarse del procedimiento señalado en el artículo 13 de la Ley 48 de 1936.

Se observa finalmente, que no cabe avocar el estudio de la prueba referente a la responsabilidad de los acusados por el "delito de estafa", como lo alega el demandante, porque dicha infracción queda ya fuera del debate por efecto de la nulidad que va a decretarse.

Tampoco es el caso de ordenar la libertad incondicional de los procesados, puesto que al invalidar en casación una sentencia por error en la naturaleza del delito cometido, la ley apenas faculta a la Corte para disponer que se devuelva el proceso a quien corresponda, a fin de que "se reponga el procedimiento" (artículo 570, inciso b), y nada más. De otro lado, la prueba analizada por los juzgadores es suficiente para privar de su libertad a los acusados.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, CASA la sentencia acusada del Tribunal Superior de Pamplona y, en su lugar DECLARA NULO todo lo actuado a partir del auto de fecha 25 de septiembre de 1953, inclusive, que ordenó abrir a pruebas el negocio, a fin de que se reponga el procedimiento desde allí.

No se concede a los procesados el beneficio de libertad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Domingo Sarasty M. — **Jesús Estrada Monsalve** — **Ricardo Jordán Jiménez** — **Luis Zafra.**— **José Amadeo Rey,** Oficial Mayor.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

ACCION PETITORIA DE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS

1.—La calidad de persona jurídica se adquiere por creación legal o por reconocimiento administrativo, según sea la naturaleza de la asociación o entidad de que se trate. Las personas jurídicas de creación legal, conforme al artículo 80 de la ley 153 de 1887, son las entidades de derecho público, nación, departamentos y municipios; los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública, y las corporaciones creadas por la misma ley. Las demás asociaciones, de carácter civil, comercial o gremial, adquieren la categoría de personas jurídicas, mediante ciertos requisitos, por reconocimiento del órgano ejecutivo.

2.—La facultad de practicar inspecciones oculares, cuyo objeto es el examen de cosas y hechos relacionados con el litigio, reside solamente en los funcionarios de la rama jurisdiccional, quienes actúan en ellas mediante el procedimiento señalado en el Código Judicial. Y es el acta de tales diligencias lo que constituye plena prueba de los hechos y circunstancias observados por el juez.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre siete de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Dio origen al presente juicio la demanda que la sociedad comercial "Hijos de José A. Yacaman", domiciliada en Cartagena, formuló contra el Departamento de Antioquia, a efecto de que se declare a éste deudor de aquélla por la cantidad de dos mil ciento sesenta y un pesos ($ 2.161.00) moneda corriente, y se le condene al pago de esa suma junto con los intereses legales respectivos.

Se apoya la demanda en estos hechos:

"La firma 'Hijos de José A. Yacamán' despachó en octubre de 1950 una cantidad de mercancías por valor de $ 2.161.00 al Fondo de Fomento Agrícola e Industrial de Medellín, que éste había pedido por conducto de su agente, en ese entonces, señor José J. Tabares Q. La entidad mencionada no ha pagado al demandante esas mercancías no obstante los cobros que le ha hecho, dando como razón que el pago se le hizo directamente al agente Tabares. Este agente no tenía autorización para recibir, porque la empresa tiene establecido que quienes piden mercancía a la casa principal de Cartagena por conducto de sus agentes, están en la obligación de pagarlas directamente a la casa, salvo autorización por escrito, que en este caso no se ha dado. Las facturas de la casa traen impresa esta cláusula obligatoria: "Ningún pago a nuestros agentes viajeros es válido sin previa autorización de Hijos de José A. Yacamán". Si el Fondo pagó en realidad al agente Tabares, tal pago no es válido".

Como fundamentos de derecho invoca el demandante: Código Civil, artículos 1494, siguientes y concordantes; 1502, siguientes y concordantes; 1602, siguientes y concordantes; 1849, siguientes y concordantes del Título XXIII; 1928, siguientes y concordantes del Capítulo IX, Título 23, Libro IV. Ordenanzas 21 de 1944 y 3 de 1946. Decreto Departamental número 50 de enero 23 de 1950. Código Judicial, artículos 734, 737, 205, 155 y 250.

A la demanda se acompañaron los siguientes documentos: certificado de la Cámara de Comercio sobre existencia legal y personería del demandante; certificado de la misma Cámara sobre una inspección ocular de esa entidad a los libros de cuentas de la casa "Hijos de José A. Yacamán"; dos notas de pedido; dos cartas del Fondo de Fomento Agrícola e Industrial, y un telegrama del mismo dirigidos a Yacamán.

Contestado el libelo por el señor Gobernador del Departamento de Antioquia, quien al propio

tiempo que niega los hechos y el derecho, propone las excepciones de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, inepta demanda, inexistencia de la obligación, cosa juzgada, etc., se recibió la causa a prueba. El demandante aportó nuevo certificado de la Cámara de Comercio de Cartagena sobre el asiento en los libros de la sociedad demandante, de la factura número 5963 por la suma de $ 2.161.00 a cargo del Fondo, sin cancelar; copia de dicha factura y declaraciones de testigos. La parte demandada trajo a los autos copia de las Ordenanzas y Decreto que crearon el "Fondo de Fomento Agrícola e Industrial", y copia del fallo recaído al juicio de igual naturaleza seguido por las mismas partes y por la misma causa.

El Tribunal Superior de Medellín, agotado el trámite procesal, dictó sentencia con fecha 20 de abril del presente año, negando las declaraciones solicitadas por el demandante y absolviendo al Departamento de Antioquia de los cargos formulados. El demandante apeló de esta decisión.

La segunda instancia se ha surtido ante la Corte totalmente, sin otra actuación de las partes que el alegato escrito de la demandada. Por tanto se procede a decidir.

La contestación de la demanda y los alegatos de los litigantes han hecho girar el debate principalmente sobre dos puntos: la personería sustantiva de la parte demandada y el valor probatorio de los elementos de juicio aportados por el actor para acreditar la existencia de la obligación que se demanda. El Tribunal analiza ampliamente ambos aspectos para concluir que es legítima la primera, y que carecen de eficacia probatoria los segundos. La Sala examinará preferencialmente, en su orden, las pruebas pertinentes a cada una de esas cuestiones.

Personería

El Departamento de Antioquia, al plantear la excepción con apoyo en las Ordenanzas y Decreto que organizaron el "Fondo de Fomento Agrícola e Industrial", expresa que éste es un establecimiento público, legalmente creado, que tiene patrimonio y capacidad propios y un representante legal. Que el Departamento de Antioquia no ha tenido nexo contractual con la casa comercial demandante. Que el negocio que haya habido entre el Fondo y la sociedad actora es, respecto del Departamento, un acto de terceros, y por lo mismo no está llamado a responder.

Importa pues conocer las normas que crearon el establecimiento público denominado "Fondo de Fomento Agrícola e Industrial" para deducir si tiene, por sí mismo, capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones, y ser representado judicial y extrajudicialmente, que son las características de la persona jurídica.

Primitivamente el "Fondo de Fomento Agrícola e Industrial" fue una entidad **autónoma**, encargada del fomento de las industrias en el Departamento de Antioquia, con un capital propio, formado con bienes y rentas departamentales. (Ordenanza número 21 de junio 15 de 1944, artículos 13 y 17).

En 1946 dicho Fondo pasó a ser una dependencia de la Secretaría de Agricultura y Fomento del Departamento, según lo dispuesto por el artículo 12 de la Ordenanza número 26 de ese año, que dice: "Artículo 12. — El Fondo de Fomento Agrícola e Industrial será reorganizado por el señor Gobernador como **una dependencia** de la Secretaría de Agricultura". El señor Gobernador, en uso de la facultad que se le confirió por la citada disposición para reorganizar tal dependencia, dictó el Decreto número 50, de 23 de enero de 1950, cuyo artículo 1º dice: "El Fondo de Fomento Agrícola e Industrial funcionará como una dependencia de la Secretaría de Agricultura y Fomento, con un capital propio y sin sujeción a las normas fiscales ordinarias y se encargará de la colonización, del servicio de provisión agrícola, establecimiento y administración de la Casa Campesina y del fomento de la pequeña industria". En el artículo 5º del mismo se estableció lo siguiente: "El Jefe del Fondo de Fomento Agrícola e Industrial será designado por el Gobernador, llevará la representación legal de este organismo, tendrá voz pero no voto en la Junta...".

De acuerdo con las leyes sobre la materia, la calidad de persona jurídica se adquiere por creación legal o por reconocimiento administrativo, según sea la naturaleza de la asociación o entidad de que se trate. Las personas jurídicas de creación legal, conforme al artículo 80 de la ley 153 de 1887, son las entidades de derecho público, nación, departamentos y municipios; los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública, y las corporaciones creadas por la misma ley. Las demás asociaciones, de carácter civil, comercial o gremial, adquieren la categoría de

personas jurídicas, mediante ciertos requisitos, por reconocimiento del órgano ejecutivo.

El Fondo de Fomento Agrícola e Industrial no es una entidad de derecho público, ni tiene las características de un establecimiento de beneficencia o de instrucción, ni es una fundación o corporación creada por la ley. Tampoco es una sociedad civil, comercial, etc., que haya sido elevada al rango de persona jurídica por un reconocimiento del órgano ejecutivo. Síguese de aquí, que a pesar de que el Decreto reglamentario de la Ordenanza que dispuso el funcionamiento del Fondo como una dependencia de la administración departamental, haya considerado que dicha entidad al incorporarse a la Secretaría de Agricultura no perdió la autonomía de que fue investida cuando se creó (numeral 4º de los Considerandos), y por tanto el Jefe de tal Sección "llevará la representación legal de ese organismo", a pesar de ello —se repite— no es una persona jurídica autónoma, ni por su naturaleza, su origen, sus funciones, ni su capital. Es una sección que depende de la entidad de derecho público, Departamento, que es quien asume la responsabilidad de las gestiones que aquélla realiza.

Cuando el Fondo de Fomento Agrícola e Industrial llevó a cabo la compra de mercancías, según la demanda, de la cual proviene la obligación de pago que pretende hacerse efectiva por medio de este juicio, era ya una dependencia de la Secretaría de Agricultura del Departamento, con funciones específicas propias del ramo, tales como la colonización, provisión agrícola, casa campesina, etc., y su capital, el mismo que fue formado con fondos públicos departamentales (artículo 17, Ordenanza de 1944, folio 10). Sus gestiones se realizaron como delegada del Departamento y por tanto es éste quien legítimamente puede y debe responder en juicio.

De la obligación

Los elementos que la parte actora ha allegado al proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1757 del Código Civil, en orden a probar la existencia de la obligación, son estos: a) el certificado de la Cámara de Comercio de Cartagena conforme al cual aparece haberse practicado por el Auditor de la misma una inspección ocular a los libros de cuentas de la entidad demandante, en los cuales se halla anotada la factura número 5963, por un valor de $ 2.161.00 a cargo del Fondo de Fomento Agrícola e Industrial de Medellín, sin cancelar; b) las notas de pedido, factura, cartas y telegramas cruzados entre las partes contratantes; y c) declaraciones de testigos.

a) La sentencia de primer grado desconoce el mérito probatorio del certificado de la Cámara de Comercio, que se ha mencionado, por no ser elemento legal e idóneo de prueba en juicio. En efecto, en los debates judiciales sólo los medios probatorios establecidos por el legislador son aptos para acreditar la verdad jurídica de los hechos litigiosos. La facultad de practicar inspecciones oculares, cuyo objeto es el examen de cosas y hechos relacionados con el litigio, reside solamente en los funcionarios de la rama jurisdiccional, quienes actúan en ellas mediante el procedimiento señalado en el Código Judicial. Y es el acta de tales diligencias lo que constituye plena prueba de los hechos y circunstancias observados por el juez.

Al certificado de la Cámara de Comercio, que anota la observación del Auditor de hallarse consignada en los libros de la empresa demandante la factura número 5963, no se le puede asignar pues valor probatorio alguno que influya en la decisión, conforme a lo dispuesto por el artículo 593 del C. Judicial. Y aún en el supuesto de que pudiera atribuírsele algún valor probatorio, no aprovecharía a la casa comercial demandante, porque de acuerdo con el artículo 47 del Código de Comercio, los libros solamente hacen fe **en contra** del comerciante que los lleva.

b) Desecha igualmente el Tribunal en el fallo apelado la eficacia probatoria de la copia de la factura número 5963 y de las notas de pedido de los folios 5 a 8 del cuaderno principal, porque, respecto de la primera, que emana de la misma sociedad demandante, afirma que nadie puede crearse su propia prueba; y las segundas, porque aparecen firmadas por alguien que dice obrar como comprador sin que conste que realmente pudiera comprometer la responsabilidad del Fondo. Nada puede observarse a lo dicho sobre la factura porque ello es así. Es un documento escrito por la casa Yacamán, que por lo mismo no prueba contra el demandado. Y con relación a las notas de pedido, evidentemente carecen de valor, lo mismo que las cartas y telegramas de folios 6, 7 y 9, porque sobre ellas no puede operar el reconocimiento presuntivo de autenticidad de que trata el artículo 645 del Código Judicial, ya que quien suscribe esos documentos "Juan Montoya" y "J. M.", no es la persona demanda-

da, o por lo menos no está demostrado que ese nombre y esas iniciales correspondan a persona que haya tenido o tenga la representación o autorización legal para realizar esa gestión a nombre del Fondo de Fomento Agrícola e Industrial. Luego esos comprobantes sin reconocimiento legal, expreso o tácito, de la persona obligada, no tienen valor alguno de prueba.

c) Los testimonios de los señores Juan Montoya y Eduardo Gutiérrez Duque (fs. 6 a 10 del cuaderno de pruebas del actor), el primero de los cuales se refiere a que cuando fue gerente o jefe del Fondo se hizo un pedido a la firma "Hijos de José A. Yacamán", por valor de $ 2.161.00, cuya fecha y número de factura no recuerda, y el segundo en que se dice por el testigo haber pagado en su carácter de Cajero Pagador del Fondo, según consta en los libros a su cargo, la cuenta a que se refiere la factura número 5963 de 23 de octubre de 1950, no sirven para acreditar el punto en cuestión, o sea la existencia de la obligación a cargo del demandado, porque no está probado que el señor Montoya hubiese ejercido el empleo que menciona, ni que el señor Gutiérrez Duque fuera realmente el Pagador del Fondo en la época en que rindió su testimonio. No es el dicho de los testigos la prueba pertinente. Por otra parte, aún aceptando que el señor Montoya hubiera pedido las mercancías, ese solo hecho no lleva a deducir que la casa Yacamán las hubiese despachado y que el Fondo las hubiera recibido. Y el pago que dice haber efectuado el testigo Gutiérrez Duque no está corroborado por ningún otro medio de prueba. Por lo demás, la prueba testimonial es en principio inadmisible para probar obligaciones mayores de quinientos pesos (artículo 1767 del C. Civil); podrían tener el mérito probatorio que por excepción reconoce el artículo 93 de la ley 157 de 1887 si los comprobantes analizados en el aparte anterior pudieran considerarse como un principio de prueba por escrito; pero no pueden considerarse así, porque no provienen del demandado o de su representante, como lo preceptúa la misma disposición citada y como ya se dijo anteriormente.

Resumiendo las observaciones que preceden, debe concluírse que los medios de convicción allegados por el actor para satisfacer la carga de la prueba que le corresponde sobre la existencia de la obligación, no tienen valor probatorio, siquiera indiciario, ya sea tomándolas aisladamente o en conjunto. Por tanto, no demostrada esa obligación a cargo del demandado, el fallo no debe serle adverso.

Esta conclusión, como es obvio, exime a la Sala del estudio de las excepciones perentorias propuestas por el demandado.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada. Condénase a la demandante en las costas de la instancia.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Aníbal Cardoso Gaitán — Luis Enrique Cuervo. Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara. — El Secretario, Jorge García M.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR EL DECOMISO DE UNAS BOTELLAS DE ALCOHOL. — PARA QUE LOS ACTOS EJECUTADOS POR LOS FUNCIONARIOS EN EL EJERCICIO DE SUS CARGOS PUEDAN COMPROMETER LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRACION SE NECESITA QUE SEAN ILEGALES O ARBITRARIOS

La ejecución de actos ilegales o arbitrarios de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos es lo que puede comprometer la responsabilidad civil de la administración; pero cuando los funcionarios ejercen las actividades que les competen dentro de la órbita de sus atribuciones, y dan además aplicación a las leyes y normas pertinentes para el caso de que se trate, por ejemplo, en la vigilancia policiva o en la investigación penal, no cabe la responsabilidad, porque con esas actuaciones los funcionarios están cumpliendo los fines propios del Estado en la conservación del orden y en la tutela de los derechos de los asociados. La doctrina y la jurisprudencia, basándose en razones de interés superior, han concluído que no incurren en responsabilidad civil las entidades de derecho público por el ejercicio de los llamados actos de soberanía, como son las funciones judiciales, cuando se ejercen por los trámites procesales preestablecidos y con aplicación racional de los principios y normas del derecho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre siete de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en demanda fechada el 22 de agosto de 1953, el señor Walter Muller solicita que por los trámites del juicio ordinario se hagan estas declaraciones y condenas:

"**Primero.**—Que el Departamento de Nariño es responsable de los daños y perjuicios que se le ocasionaron al señor Walter Muller con motivo del ilegal decomiso de doscientas setenta y una botellas de alcohol impotable, hecho ocurrido el día 13 de junio de 1951, y llevado a efecto por los Agentes del Resguardo del mismo Departamento, comprendiendo en dichos perjuicios, tanto el daño emergente como el lucro cesante.

"**Segundo.** — Que el Departamento mencionado es asimismo responsable de los daños y perjuicios tanto materiales como morales que se le causaron al nombrado señor Walter Muller, con motivo del injusto proceso adelantado en su contra, iniciado el 16 de junio de 1951 en el Juzgado Seccional de Rentas Departamentales y terminado por sentencia absolutoria de segunda instancia el 13 de enero del presente año emanada del Juzgado Superior de Rentas de la misma dependencia, por un imaginario delito de fraude a las rentas departamentales.

"**Tercero.**—Que consecuencialmente con lo anterior, el Departamento de Nariño está en la obligación de pagarle a mi representado inmediatamente después de la ejecutoria de la sentencia, el valor de los daños y perjuicios que se le causaron con el decomiso... de acuerdo con las probanzas que se alleguen al proceso y que yo estimo en la suma de mil pesos oro ($ 1.000.00).

"**Cuarto.**—Que el Departamento está obligado a pagarle a mi representado al día siguiente de la ejecutoria de la sentencia, el valor de los daños y perjuicios, tanto materiales como morales a que me refiero en el segundo pedimento así: a) por concepto de perjuicios materiales la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00); y b) por concepto de perjuicios morales la suma de cinco mil pesos ($ 5.000.00)".

Los hechos que sustentan estas peticiones son:

1º—El 13 de junio de 1951 varios agentes del resguardo de rentas se presentaron a la Droguería Americana, de propiedad del señor Walter

Muller, y le decomisaron un tambor de 250 botellas de alcohol y 21 botellas más, no producido en el Departamento de Nariño, que dicho señor tenía para la venta al detal.

2º—El 16 del mismo mes se inició en el Juzgado Seccional de Rentas del Departamento la investigación del delito de fraude atribuído al señor Muller, que culminó con sentencia absolutoria de segunda instancia dictada por el Juzgado Superior de Rentas.

3º—Con motivo del decomiso del alcohol y de la investigación penal subsiguiente, se causaron al señor Muller graves perjuicios tanto materiales como morales, porque afectaron sus intereses y su dignidad personal.

4º—Ni el decomiso ni el proceso en referencia tuvieron razón legal de ser, porque el alcohol objeto de las mismas era producto comercial lícito.

5º—Hubo ligereza y culpable imprudencia en los agentes del Departamento al proceder al decomiso del alcohol y a la tramitación del proceso penal, por lo cual el Departamento es responsable.

Como fundamentos de derecho cita la demanda los arts. 63, 2341, 2342, 2343, 2347, 2356, y 2359 y demás pertinentes del Código Civil, y las disposiciones de los capítulos 1º y 2º del Título XVIII del Código Judicial. El actor acompañó al libelo copia de los fallos recaídos en primera y segunda instancia al juicio penal contra el señor Muller.

La anterior demanda fue contestada oportunamente por la parte demandada. En tal escrito niega la causa y el derecho invocados por el actor para promover la acción y rechaza los hechos en cuanto en ellos se atribuye ilegalidad e imprudencia en el decomiso del alcohol y en la iniciación del sumario, actos que, según el demandado, sólo tuvieron origen en la propia culpa del señor Muller, por no exhibir los documentos que legitimaran la tenencia del alcohol. Durante el término probatorio del juicio se allegó una copia de nuevas piezas del proceso penal y se produjo un dictamen de peritos acerca del avalúo de perjuicios. Agotado el trámite pertinente, el Tribunal Superior de Pasto dictó el fallo de fecha 23 de junio del presente año, en el que se absuelve al Departamento de Nariño de los cargos formulados en la demanda por el señor Walter Muller. De esta decisión apeló el demandante.

La etapa procesal de la segunda instancia ha transcurrido legalmente y sólo la parte actora alegó de conclusión. La Sala procede por tanto a fallar.

Se atribuye responsabilidad civil al Depar mento de Nariño por el hecho de que los agen del resguardo, en ejercicio de sus funciones, c comisaron una cantidad de alcohol que el señ Walter Muller tenía para el expendio en su e tablecimiento comercial de la ciudad de Pasto, porque el Juzgado Seccional de Rentas promov investigación por el delito de fraude a la ren en contra de dicho señor. "Hubo ligereza —di la demanda— y culpable imprudencia en los en pleados y agentes del resguardo del Departame to, al proceder al decomiso e iniciación del pr ceso en contra de mi representado. Culpabilida e imprudencia que causaron perjuicios que debe ser subsanados por el Departamento, quien es e llamado a responder por los actos de sus subal ternos".

Se trata pues de averiguar si en el juicio s halla probado el ejercicio irregular o arbitrari de las funciones de los agentes del resguardo e el decomiso del alcohol, y la de los jueces de ren tas en la investigación subsiguiente, comprome tiendo con ello la responsabilidad del Departamento conforme al precepto del artículo 2341 del Código Civil.

Los referidos actos se hallan regulados por Ordenanzas y Decretos, conforme a la cita que de ellos se hace en lo actuado por la Jefatura del Resguardo Central de Rentas, por el Juzgado Seccional y el Superior del mismo ramo, según las copias que obran a folios 1 a 5 vuelto del cuaderno principal, y 7 a 10 vuelto del cuaderno de pruebas. Se expresa en esas actuaciones que el artículo 1º del Decreto 94 de 1950, prohibe la introducción al Departamento de alcoholes que se produzcan en otras secciones del país, y que la contravención a ese mandato constituye delito de fraude a la renta, como está previsto en ese decreto y en el 432 de 1943, lo mismo que en las Ordenanzas 51 de 1926 y 52 de 1943.

El demandante hace consistir la culpa del Departamento en el hecho de que la sentencia que recayó a la investigación del delito de fraude fue absolutoria para el señor Muller, de donde deduce que los agentes y funcionarios obraron con ligereza y culpable imprudencia en el decomiso del alcohol y en la iniciación del sumario. Importa por consiguiente examinar los hechos y razones que determinaron la decisión absolutoria mencionada.

Está probado en los autos que el señor Muller tenía en su establecimiento una cantidad de alcohol impotable para darlo a la venta, que había

quirido por compras hechas a los Laboratorios J. G. B. de Cali —agencia de Pasto— y que el trece de junio de 195? le fue decomisado ese ohol por los agentes del resguardo; que en eriguación del responsable del delito de frau- a la renta, puesto que el alcohol no era pro- cido en el Departamento, se inició la investi- ción correspondiente, y el señor Muller, como ndicado, fue detenido precautelativamente y ego puesto en libertad con fianza. Por último de acuerdo con la sentencia— que no pudo es- blecerse si el alcohol vendido al señor Muller rrespondía a los importados por la agencia de G. B. antes de la vigencia del Decreto 94 de 950, o dentro de la prohibición que estableció icho decreto. Así lo expresan la sentencia del uzgado Seccional, y la del Superior de Rentas ue revisó aquélla en grado de consulta. La úl- ma consigna su conclusión en estos textuales érminos:

"Es verdad que, según la inspección ocular or- enada practicar por este Juzgado a la 'Drogue- ía Garcés' de Cali, aparece, con fecha 20 de abril e 1950, la remesa de varias cajas de alcohol an- iséptico a la sucursal en esta ciudad; pero cómo aber si las botellas de alcohol antiséptico deco- misadas al señor Walter Muller y vendidas por sta sucursal, corresponden al lote de las intro- ducidas antes de la vigencia del Decreto 94, o a la remesa del 20 de abril del 50? No hay prueba alguna que permita hacer esta discriminación, y entonces, obrando con sujeción a conocidos prin- cipios de derecho penal, generalmente aceptados, hay que declarar que las dudas siempre se re- suelven en favor del procesado".

De la realidad expresada en tales decisiones no puede sacarse la conclusión de que los agentes del resguardo y los jueces de rentas obraron con la imprudencia y ligereza que les atribuye el demandante, al decomisar el alcohol y promover la investigación penal, ya que esos actos están autorizados en las Ordenanzas y Decretos del Departamento con el fin de reprimir el fraude a la renta. Si la investigación penal por el delito de fraude no tuvo una culminación distinta de la indicada, no fue precisamente por las causas que el demandante señala. No existe ninguna prueba en el juicio de que hubiese extralimitación o arbitrariedad en el proceder de los funcionarios, para deducir que con esos actos quedó comprometida la responsabilidad del Departamento.

El actor no probó que en el decomiso del alcohol, por una parte, y en la investigación por la otra, los respectivos agentes y funcionarios hubieran obrado extralegalmente o contraviniendo disposiciones de la ley o de las ordenanzas. Tan sólo, como ya se dijo, expresó en el libelo de demanda que hubo "ligereza y culpable imprudencia" en los empleados, circunstancias que deduce del hecho de haber recaído sentencia absolutoria en el proceso investigativo de fraude a la renta.

La ejecución de actos ilegales o arbitrarios de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos es lo que puede comprometer la responsabilidad civil de la administración; pero cuando los funcionarios ejercen las actividades que les competen dentro de la órbita de sus atribuciones, y dan además aplicación a las leyes y normas pertinentes para el caso de que se trate, por ejemplo, en la vigilancia policiva o en la investigación penal, no cabe la responsabilidad, porque con esas actuaciones los funcionarios están cumpliendo los fines propios del Estado en la conservación del orden y en la tutela de los derechos de los asociados. La doctrina y la jurisprudencia, basándose en razones de interés superior, han concluído que no incurren en responsabilidad civil las entidades de derecho público por el ejercicio de los llamados actos de soberanía, como son las funciones judiciales, cuando se ejercen por los trámites procesales preestablecidos y con aplicación racional de los principios y normas del derecho.

Para abundar en razones, conviene reproducir la parte del fallo de esta Sala, de fecha 18 de mayo de 1937, dictado en un caso semejante al de estos autos, y que el abogado del Departamento cita y transcribe en su alegato de conclusión. Dice así: "El demandante pide que se condene al Departamento a pagarle perjuicios tanto morales como materiales por el decomiso de la panela. Ni la nación ni los departamentos están obligados a indemnizar perjuicios por causa de las investigaciones que se adelanten de acuerdo con los requisitos legales con relación a infracciones de la ley. Los órganos del poder público tienen la atribución de investigar los delitos y contravenciones a la ley, en defensa de los intereses sociales y para asegurar el orden en el país y la seguridad de los asociados. Ninguna responsabilidad civil pueden caberles a las entidades de derecho público por razón de perjuicios ocasionados a los particulares en ejercicio del derecho de investigar y sancionar los quebrantos de la ley". (G. J. Tomo XLV, pág. 285).

Las anteriores consideraciones llevan a con-

cluir que el derecho que invoca el demandante a la indemnización de perjuicios, con fundamento en los cargos de "ligereza y culpable imprudencia" de los funcionarios del Departamento de Nariño, por no estar probados, no puede serle reconocido, y por lo mismo la absolución al demandado se impone, debiéndose confirmar el fallo apelado.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia de fecha 23 de junio del presente año dictad este juicio por el Tribunal Superior de Past

Costas de la instancia a cargo del apelant

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuél el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán—Luis Enrique Cue Roberto Goenaga—Camilo Rincón Lara—El cretario, **Jorge García M.**

LA CADUCIDAD EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. — NULIDAD DE LA RESOLUCION ADMINISTRATIVA POR MEDIO DE LA CUAL SE DECLARA LA CADUCIDAD DE UN CONTRATO, CELEBRADO ENTRE LA NACION Y UNOS PARTICULARES, RELATIVO A ESTUDIOS Y PROYECTOS PARA LA CONSTRUCCION DE UNAS REPRESAS EN LA GUAJIRA

1.—El artículo 3º de la Ley 53 de 1909 previene que las acciones civiles emanadas de las decisiones administrativas referentes a contratos, han de interponerse dentro del plazo de seis meses comunes, contados desde que quede ejecutoriada la respectiva decisión; so pena de que, expirado aquel término, sin que los interesados hayan intentado reclamación alguna, se presumirá que han renunciado a toda acción civil y la Nación quedará libre de responsabilidad por perjuicios. Se trata, por consiguiente, de un término perentorio que produce la caducidad legal de la acción.

2.—El término para interponer las acciones civiles provenientes de las decisiones administrativas referentes a contratos, es perentorio y como tal obra ipso iure, o sea, que surte sus efectos por ministerio de la ley, transcurre inevitablemente a partir del hecho señalado por la misma y es preclusivo.

3.—Los motivos de caducidad enumerados por el artículo 254 del código de lo contencioso administrativo, son muy concretos y explícitos. Desde luego la administración puede estipular otros, pero debe ajustarse en lo posible al mismo sistema de señalar hechos concretos. En el contrato (origen del pleito) se observó esta regla cuando se previó como causal la de que "el avance de los trabajos no fuera satisfactorio según informe del interventor"; pero al mismo tiempo se empleó otra fórmula demasiado amplia y algo vaga diciendo: "por cualquier otro motivo que pueda considerarse como incumplimiento por parte de los contratistas", sin especificarlo. Tal forma deja al juez del contrato un gran poder de apreciación, sin que pueda tomarse aquello al pie de la letra, pues implicaría la caducidad por el menor incumplimiento lo que sería manifiestamente irrazonable.

4.—La Corte en sentencia del 9 de diciembre de 1936, sentó el principio de que "la caducidad es la declaratoria que una de las partes hace, en virtud de estipulación, de que el contrato se termina. Administrativamente, es una facultad indelegable del Gobierno, que la hace valer como parte contratante y como entidad de derecho público. Esa declaración cancela el contrato, creando un verdadero estado de derecho. Si la caducidad se mira desde el punto de vista del derecho privado es algo así como una causa de resolución estipulada expresamente en el contrato; y si desde el punto de vista del derecho administrativo, ella surte los mismos efectos que la declaratoria judicial de resolución del contrato, pues lo termina. Esto es así, porque en su fisonomía jurídica, la caducidad en los contratos administrativos es equivalente a la condición resolutoria expresa de los civiles comunes: en aquéllos, la caducidad surge de la realización del hecho previsto en el contrato, y en éstos, del cumplimiento de la condición. En ambos, sin embargo, conduce al mismo resultado, que es el de romper el vínculo contractual entre las partes, aunque se diferencian en cuanto a la manera como debe declararse la realización del evento que da lugar a la caducidad o que constituye la condición resolutoria. Jurídicamente, la caducidad que declara la administración deja terminados los derechos del contratista, tanto los personales como los reales, porque ipso facto quedan sin valor los derechos o privilegios que consagre el contrato o la concesión".

5.—El profesor G. Jeze se expresa así:

"La caducidad de las concesiones. - La sanción más enérgica de las obligaciones

del concesionario, es la CADUCIDAD, que equivale a la rescisión del contrato de concesión por cuenta y riesgo del concesionario, en razón de la falta cometida por éste último... "Conviene, por lo demás, reservar este término para el caso en que, POR UNA FALTA MUY GRAVE, el concesionario ha incurrido en la rescisión del contrato por su culpa... "La caducidad es la ruptura definitiva del contrato. Es una sanción muy grave para el concesionario, y tiene también consecuencia temibles para el concedente. Para el concesionario, la caducidad importa ruina evidente, en razón de las consecuencias pecuniarias que entraña para él. Para el concedente la caducidad es muy molesta pues conduce a una desorganización momentánea del servicio público; obliga al concedente a tomar la dirección mientras busca un nuevo concesionario. Por esto la administración deberá examinar detenidamente la cuestión antes de recurrir a esa medida. La caducidad es la sanción máxima que sólo debe pronunciarse cuando el concesionario, por su falta, es verdaderamente incapaz de hacer funcionar regularmente el servicio público. En otros términos: el contrato de concesión debe interpretarse en el sentido de su mantenimiento, y no en el sentido de una rescisión fácil, aun en caso de falta del concesionario".

"El pliego de condiciones estipula también ordinariamente que el concesionario incurrirá en la caducidad, "si no cumple las diversas obligaciones que le impone el presente pliego de condiciones". Esta fórmula muy vaga, deja al juez del contrato amplios poderes de apreciación: si se toma al pie de la letra entrañaría la caducidad por el menor incumplimiento, lo que resulta manifiestamente irrazonable".

No obstante referirse de manera muy especial la doctrina de Jeze a los contratos sobre concesión de servicio público, entre nosotros tiene aplicación general por virtud de lo dispuesto en el artículo 254 del Código de lo Contencioso Administrativo.

6.—La Sala no halla objeción al sistema usado de estipular en un contrato conjuntamente multas y motivos de caducidad; esta es práctica corriente en el dere administrativo colombiano y en el fr cés. Pero sí existe una diferencia en efectos represivos o penales: al paso las multas sirven para constreñir al c cesionario o contratista al cumplimiento sus obligaciones, o para sancionar fal leves en su ejecución, la caducidad se serva para cuando se demuestre, o una fracción claramente estipulada (como del avance no satisfactorio de los traba a juicio del interventor), o un incump miento que consista en notorio abando o en renuencia manifiesta del contratis respecto de sus obligaciones fundament les.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negoci Generales. Bogotá, ocho de noviembre de n novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A.)

RESULTANDO:

1.—En uso de las autorizaciones conferid por la Ley 145 de 1948, previa licitación en qu se recibieron y examinaron varias propuesta el Gobierno Nacional por mediación del Minis terio de Agricultura celebró un contrato con lo ingenieros señores Alfonso Guzmán Vanega Jorge Laverde Esguerra y Manuel J. Muñoz, pa ra el estudio completo y el diseño de veinte pro yectos sobre construcción de otras tantas repre sas destinadas al suministro de agua en diver sos lugares de la Comisaría de La Guajira, con forme a ciertas especificaciones técnicas.

2.—El documento se firmó el 11 de octubre de 1951; el 18 de enero de 1952 emitió concepto favorable el Consejo de Ministros, el 24 de los mismos lo aprobó el señor Presidente de la República; el 5 de febrero lo declaró ajustado a la ley, el Consejo de Estado y, finalmente, se publicó en el número 27898 del Diario Oficial correspondiente al 10 de mayo de 1952.

3.—La cláusula SEGUNDA contiene la especificación de las hoyas hidrográficas que debían tomarse como base para los estudios de exploración y diseño, los cuales implicaban un doble trabajo: sobre el terreno con la colocación de señales adecuadas para hacer luego un levantamiento aerofotogramétrico, y con éste la elaboración de los planos, memoria general, cálculos numéricos, etc. Sobre trabajos adicionales, entrega de la obra e interventoría se dice:

"Además de las fuentes indicadas para cada zona, los ingenieros exploradores deben consignar en su memoria, otros detalles de interés ge-

ral, v. gr.: nuevas fuentes que se encuentren paso y sus características en relación con el udio que se adelanta, y en caso de presentar sitio importante, dar aviso para ver si es el so de ordenar el estudio correspondiente". Si ese el caso el Gobierno ordenará sobre la nesidad de efectuar estudios en las fuentes adionales recomendadas por los Contratistas ans de que éstos hayan terminado los trabajos exploración. Las especificaciones y pago de tos estudios serán materia de un contrato adional según acuerdo entre las partes. De estos abajos se presentarán debidamente empastaos cuatro copias... "ENTREGA DE LA OBRA VIGENCIA DEL CONTRATO. - Los Contrastas entregarán los trabajos de que trata este ntrato, dentro de los ciento veinte (120) días ábiles de trabajo siguientes a la fecha de enrega del primer contado de anticipos, salvo uerza mayor o caso fortuito comprobado. e). EPRESENTACION Y DIRECCION TECNICA. os Contratistas tendrán un representante consituído en Bogotá, con quien el Ministerio de gricultura pueda entenderse para los efectos el desarrollo del presente contrato. Mantendrán en los trabajos de la Península de la Guaira, dos (2) de los Ingenieros firmantes del contrato quienes serán los Jefes de las Comisiones de estudio y los que hayan de entenderse en la Península con el Ingeniero Interventor que el Ministerio de Agricultura tendrá residente en Uribia para efectos fiscales y técnicos en relación con los contratos".

La cláusula TERCERA contiene la regla de que las dudas que surgieran entre los Contratistas y el Interventor, sobre interpretación del contrato serían dirimidas por el Ministerio de Agricultura.

La cláusula CUARTA estipula las obligaciones del Gobierno de este modo:

"a) **Información.** — Suministrarles copia de los planos, informes y demás documentos útiles que pueda poseer en sus archivos, relacionados con el objeto del presente contrato; b) Suministrarles por una sola vez un práctico para la identificación de las fuentes que al principio (cláusula primera) se enumeran y son la base de los estudios; c) Suministrarles en Uribia un local para oficina y alojamiento del personal técnico residente en esa población; d) **Forma de pago.** Pagará a los contratistas la suma global de ($ 142.000.00) ciento cuarenta y dos mil pesos moneda legal colombiana, valor correspondiente al que los contratistas fijaron para el total de los trabajos objeto del presente contrato y que el gobierno acepta como única y total remuneración que cubrirá mediante la presentación legalizada de las cuentas de acuerdo con el siguiente pormenor:

1.—Treinta y siete mil pesos ($ 37.000) de anticipo al quedar perfeccionado el presente contrato.

2.—Veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) al quedar terminado los trabajos de exploración y fijación de bases para los levantamientos aerofotográficos con aprobación del interventor.

3.—Treinta mil pesos ($ 30.000.00) a la terminación de los trabajos aerofotográficos, debidamente comprobados y aceptados por el interventor o ingeniero Jefe de la Oficina técnica de la sección de Aguas.

5.—Diez mil pesos ($ 10.000.00) a la entrega y aprobación de los diez primeros proyectos definitivos.

6.—Un último contado de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) a la entrega y aprobación de la totalidad del trabajo materia del presente contrato".

la cláusula SEPTIMA estipula la caducidad del contrato así:

"El presente contrato queda sujeto a caducidad administrativa por las causales que determina el artículo 254 de la Ley 167 de 1941, y además por los siguientes motivos:

a) Si el avance de los trabajos no fuere satisfactorio, según informe del interventor;

b) Por cualquier otro motivo que pueda considerarse como incumplimiento por parte de los contratistas.

La caducidad podrá ser declarada mediante resolución motivada del Ministerio de Agricultura en virtud de lo cual los contratistas deberán cumplir las ordenaciones que se impartan en dicha resolución".

La cláusula sobre multas es la OCTAVA y como sigue:

Multas: "Si los contratistas faltaren al cumplimiento de alguna o algunas de las obligaciones que contraen en virtud de este contrato, el Gobierno podrá imponerles multas sucesivas hasta de $ 1.000 mil pesos moneda corriente, cuyo valor se tomará de la fianza prestada por los contratistas, quienes quedan con la obligación de **responder** (así está; pero el sentido pide "reponer") su valor dentro del término que así se ordene".

4.—El contrato empezó a ejecutarse antes de quedar perfeccionado, pues a 12 de diciembre de 1951 se extendió y firmó el **"Acta Nº 1"** en Uribia que dice: "Entre los suscritos Jaime Ospina

Vargas, ingeniero representante por el Ministerio de Agricultura y Ganadería, y Manuel J. Muñoz Faux, ingeniero representante de la firma de ingenieros contratistas Guzmán, Laverde & Muñoz Ltda., ambos debidamente autorizados por las respectivas partes, se elaboró el acta que a continuación se expresa. En esta forma el Gobierno cumple con su compromiso de señalar y definir a los Contratistas, por intermedio de uno de sus ingenieros, las zonas y hoyas hidrográficas que éstos deben estudiar. Una vez efectuada la exploración y copilados, todos los datos que se pudieren obtener, se enumeran a continuación las hoyas de estudio, de acuerdo con el pliego de cargos respectivos y que de hecho queda modificado en esa forma. (Siguen los detalles de cada hoya y luego se hacen constar las observaciones que se copian textualmente). "Lo anterior se puede considerar como una pauta general y guía para los contratistas, que estos podrán variar de acuerdo a (sic) sus observaciones siempre y cuando éstas no afecten notablemente los puntos enumerados atrás. En este último caso cualquier alteración de importancia deberá ser consultada previamente con los ingenieros del ministerio. Debido a la premura del tiempo no se pudo dejar en muchas de las zonas exploradas más de una señal para reconocimiento aéreo. Por lo tanto es muy posible que los contratistas deban colocar señales adicionales antes de poder iniciar los trabajos aerofotográficos, ya que muchos de los cursos de los arroyos no quedaron determinados. En constancia de lo expuesto anteriormente se firma la presente acta en Uribia a 12 de diciembre de 1951. Por el Ministerio de Agricultura y Ganadería (Fdo.) Jaime Ospina Vargas. Los contratistas, Guzmán Laverde & Muñoz Faux, (Fdo.) Manuel J. Muñoz Faux".

5.—El 23 de febrero de 1952 es decir, cuatro días antes de la fecha en que se efectuó el pago del primer contado de que se tratará adelante, volvieron a reunirse el representante del Ministerio, ingeniero Jaime Ospina Vargas, y el representante de los contratistas ingeniero Manuel J. Muñoz Faux y modificaron la localización de algunas zonas de estudio, que ya habían sido definidas en el acta anterior de 12 de diciembre de 1951, según los detalles que se hicieron constar y no es indispensable reproducir ahora. Se advierte que olvidaron los firmantes expresar en dónde habían tenido la reunión, si en Bogotá o en Uribia. Asimismo figura una copia de la llamada "Acta número 3", esta sí con fecha de Bogotá y a 26 de mayo de 1952 en que se lee: "Ref: Contrato de estudio y proyectos d 20 represas en la Guajira entre el Ministerio d Agricultura y la firma Guzmán Laverde & Mu ñoz Ltda. El suscrito Ingeniero Interventor e uso de sus facultades legales y considerando qu los contratistas han terminado la labor aerofoto gráfica para el levantamiento de las hoyas hi drográficas en estudio, de acuerdo al contrat firmado entre las partes, da por ejecutado dich trabajo y lo considera totalmente aceptable. Lo contratistas quedan en la obligación de comple tar las fotografías de la hoya del río Nazaret qu se encuentran incompletas, a satisfacción del Interventor. Según acuerdo verbal entre las partes se resolvió ejecutar la labor aerofotográfica con anterioridad a la fijación de base para control de la restitución y el estudio de las respectivas hoyas, ello debido a que se consideró que los primeros meses del año eran los más apropiados para la labor aerofotográfica teniendo en cuenta las condiciones atmosféricas de la Guajira y considerando que esta variación no alterará ni la eficiencia ni los resultados de los estudios. JAIME OSPINA VARGAS, Ingeniero Interventor". No aparece la firma de los contratistas como tampoco la del ingeniero Jaime Ospina Vargas; pero por ser una copia tomada con papel carbón, puede pensarse que el original lleva las firmas que la autorizaron; sea como fuere, el documento obró en el juicio presentado por la parte demandante, sin objeción de la parte demandada.

6.—El 27 de septiembre de 1952 en Uribia, se reunieron de nuevo el representante del Ministerio de Agricultura, y los ingenieros Jorge Laverde y Alfonso Guzmán para acordar por medio de la llamada "Acta número 4", algunas aclaraciones y definir nuevas modificaciones "que fue necesario introducir, en las zonas por estudiar, especificadas en el contrato a que se refiere esta acta y los números 1 y 2 anteriores a la presente. Las modificaciones que se contemplen en la presente acta se acordaron por conveniencia técnica, una vez efectuadas las exploraciones aéreas para estos estudios". La copia presentada al proceso sí tiene las firmas autógrafas de los ingenieros representantes de los contratistas y del Ministerio de Agricultura.

7.—El 13 de noviembre de 1952 el Ministerio de Agricultura (Despacho del Ministro) profirió la Resolución que, en copia auténtica, llegó a los autos, a saber:

"Por contrato suscrito con el Gobierno el 11 de octubre de 1951, los ingenieros ALFONSO GUZMAN V., JORGE LAVERDE E. y MANUEL

. MUÑOZ FAUX, obrando de manera solidaria, e obligaron a ejecutar el estudio completo pa-a el diseño de veinte (20) proyectos para sumi-nistro de agua en diversos lugares de la Comi-saría de la Guajira, por el sistema de lagunas o embalses con represas y a entregar tales pro-yectos al Ministerio de Agricultura, con sus es-pecificaciones y presupuestos, por grupos de cin-co para facilitar su construcción. En la Cláusula SEGUNDA, ordinal d) se estableció que los contratistas entregarían los trabajos dentro de los ciento veinte (120) días hábiles de trabajo siguientes a la fecha de entrega del primer con-tado de anticipos, salvo fuerza mayor o caso fortuito comprobado. En la cláusula CUARTA, ordinal d) se estipuló que el pago total de la suma de ciento cuarenta y dos mil pesos ($ 142.000.00) correspondiente al valor fijado para el total de los trabajos se cubriría en for-ma de pagos parciales correspondiendo al pri-mero, de treinta y siete mil pesos ($ 37.000.00) a un anticipo al perfeccionarse el contrato. En la cláusula OCTAVA, se estipuló que si los con-tratistas faltaren al cumplimiento de alguna o algunas de las obligaciones del contrato, el Go-bierno, por medio de Resoluciones dictadas por el Ministerio de Agricultura, podría imponerles multas sucesivas hasta de mil pesos ($ 1.000.00) moneda corriente, cuyo valor se tomaría de la fianza prestada por los contratistas, quienes quedan con la obligación de reponer su valor dentro del término que así se ordene. La garan-tía de cumplimiento por la cuantía de $ 37.000.00 señalada por la Contraloría General de la Re-pública, se constituyó mediante la póliza Nº 4060 de la Compañía Colombiana de Seguros, por la suma de 17.000.00, expedida el 22 de no-viembre de 1951 y por otra fianza por la suma de $ 20.000.00 constituída por la Cajá Nacional de Previsión. El pago del primer contado de an-ticipo a los contratistas se verificó en la fecha del 27 de febrero de 1952 y por lo tanto el tér-mino para la entrega de los trabajos, señalado en el ordinal d) de la Cláusula SEGUNDA, ven-ció en la fecha del 20 de septiembre del mismo año. El ingeniero contratista MANUEL J. MU-ÑOZ FAUX en comunicación para el Ministe-rio, fechada en Bogotá, el 14 de julio de 1952, tras de poner de presente las dificultades que se habían presentado a los contratistas para adelan-tar el trabajo aerofotográfico, solicitó ampliación del término para la entrega de los proyectos de las primeras cinco fuentes hasta el 20 de septiem-bre y para entrega de los 15 restantes proyectos hasta el día 31 de octubre del año en curso. No obstante haber transcurrido el término señalado en el contrato y el de la ampliación tácitamente convenida por el Ministerio, los contratistas no han entregado hasta el presente proyecto algu-no y compete por lo tanto al Ministerio sancio-nar ese incumplimiento en la forma de multas sucesivas que para el caso se contemple en la Cláusula OCTAVA. Por no haber entregado has-ta esta fecha los trabajos conforme a las especi-ficaciones del contrato de 11 de octubre de 1951, se impone a los contratistas señores ALFONSO GUZMAN V., JORGE LAVERDE E. y MANUEL J. MUÑOZ FAUX una multa por la cantidad de mil pesos ($ 1.000.00) cuyo valor será consigna-do por la Compañía Colombiana de Seguros co-mo fiadora de los mismos, en la Administración de Hacienda Nacional en esta ciudad, dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria de es-ta Resolución. Dentro de los diez (10) días si-guientes a la ejecutoria de esta Resolución los contratistas deberán obtener de la Compañía Co-lombiana de Seguros la reintegración de la Pó-liza Nº 4060 de 22 de noviembre de 1951, hasta la cantidad inicialmente asegurada de diez y siete mil pesos ($ 17.000.00). Oportunamente se pon-drá esta providencia en conocimiento de la Com-pañía Colombiana de Seguros, para los fines con-siguientes. Notifíquese esta Resolución a cual-quiera de los contratistas residentes en esta ciu-dad. CUMPLASE. (Fdo.) CAMILO J. CABAL CABAL, MINISTRO DE AGRICULTURA. (Fdo.) JOSE VICENTE VARGAS S., Secretario General. Es fiel copia para fines oficiales. (Fdo.) JOSE EUSTACIO TOBAR ACOSTA, Secretario General".

8.—El 5 de diciembre de 1952 aparece suscrito en Uribia un documento llamado Acta número 5 del siguiente tenor:

"Referencia: Contrato de estudio y proyectos para veinte represas entre el Ministerio de Agri-cultura y Guzmán, Laverde y Muñoz. El suscri-to Ingeniero Jefe Interventor de la Provisión de Aguas de la Guajira, en uso de sus facultades le-gales y considerando: que los contratistas Guz-mán, Laverde y Muñoz han terminado los traba-jos de exploración, fijación y medición, de bases para los levantamientos aerofotográficos de que trata la cláusula cuarta ordinal d) parágrafo 2º del Contrato firmado el 11 de octubre de 1951; da por terminada y aceptada esta etapa del trabajo materia del contrato a que se refiere la presen-te. La Interventoría se reserva el derecho de efectuar todos los chequeos sobre las Carteras y sobre terreno y si comprobara algún error u omi-sión los Contratistas quedan en la obligación de

subsanarlos a satisfacción del Interventor. En constancia de lo expuesto se firma la presente Acta en Uribia a los cinco (5) días del mes de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos (1952). (Fdo.) JAIME OSPINA VARGAS. Ingeniero Jefe Interventor de la Provisión de Aguas de la Guajira. Por los contratistas: (Fdo.) JORGE LAVERDE".

9.—Con fecha 9 de enero de 1953, el señor Jefe de la Sección Técnica de Aguas, División de Recursos Naturales, del Ministerio de Agricultura, José María Sarmiento, expidió el recibo correspondiente a la entrega que hicieron los contratistas de los estudios y proyectos completos para la represa del Yuna, zona número 16, que constan de lo siguiente: 1. Memorial original y copia con 74 hojas útiles incluídos los estudios y memoria general de la zona número 16 y el proyecto completo de la represa. 1 Album con 7 planchas de dibujo a tinta que incluyan el plano general de la zona y los planos correspondientes para el proyecto de la misma represa. 1 Cartera de trabajo de campo completa.

10.—El 30 de enero de dicho año de 1953 el Ministerio de Agricultura les impuso a los contratistas una segunda multa por mil pesos mediante Resolución que invoca el mismo motivo que llevó a la imposición de la primera multa, del 13 de noviembre de 1952, "cuyo valor fue consignado en la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, según consta del recibo número 038025 de fecha diciembre 11 de 1952 expedido por dicha entidad". Luego termina la parte motiva así:

"No obstante haber transcurrido el término señalado en el contrato, el de ampliación tácitamente convenido por el Ministerio y la imposición de la multa a que se hace referencia, los contratistas sólo han entregado hasta la fecha un solo proyecto, o sea el de la represa del Yuna, hecho que se verificó en la primera década del mes de enero del año en curso, y compete por lo tanto al Ministerio sancionar el nuevo incumplimiento por parte de los contratistas en la forma de multas sucesivas de conformidad con lo estipulado en la Cláusula OCTAVA del contrato en cuestión".

11.—El 5 de marzo de 1953 el Ministerio de Agricultura expidió recibo a los contratistas por los estudios de la zona número 18, arroyo Ranchogrande, y el proyecto completo de la represa de la Majayura, cuyas especificaciones se detallan; el 11 de los mismos mes y año el Ministerio expidió recibo por los estudios de la zona número 15 Arroyo o Cutanamana y el proyecto completo de la represa de Cutanamana; el 18 de los mismos mes y año expidió el Ministerio recibo de los estudios de la zona número 14, "Arroyos Ipanarú y Luasé" y el proyecto completo de la represa de Ipanarú; el 10 de abril del mismo año el Ministerio dio recibo por los estudios de la zona número 17 'Arroyo Ipaure' y el proyecto completo de la represa de Ipaure; el 16 de mayo del mismo año de 1953 el Ministerio les dio recibo por los estudios de la zona número 12 'Arroyos Aipir, Cauchorchón y Maguaipa' y el proyecto completo de la represa de Aipir, y el 25 de mayo del mismo año el propio Ministerio extendió el recibo que dice: "Ref: Contrato para estudios y proyectos de 20 represas en La Guajira. Recibimos de Guzmán Laverde & Muñoz Ltda. Ingenieros Contratistas, copia del informe preliminar, relacionado con el reconocimiento aéreo y exploración preliminar y trabajo aerofotográfico. (Fdo.) J. M. Sarmiento. Ministerio de Agricultura. División de Recursos Naturales".

Es decir, que hasta la indicada fecha, del 25 de mayo de 1953 los contratistas habían entregado al Ministerio seis proyectos de represas y el informe preliminar.

12.—El 27 de mayo de 1953 el señor Ingeniero José María Sarmiento O., Interventor Nacional del Ministerio de Agricultura dirigió al señor Director de la División de Recursos Naturales del mismo Ministerio el Oficio que a continuación se copia:

"Ref. **CONTRATO ESTUDIO REPRESAS.** — Acompaño a la presente la cuenta visada que presentan los Ingenieros "Guzmán, Laverde & Muñoz Ltda.", correspondiente al pago del 4º contado de su contrato para el estudio de 20 represas en la Península de La Guajira y el estudio sobre el estado de ese contrato de acuerdo con el siguiente memorandum: MEMORANDUM. — Sobre operación del contrato con los Ingenieros Guzmán, Laverde & Muñoz Ltda. para estudios y proyectos de 20 represas en la Península de La Guajira, firmado el 11 de octubre de 1951, por la suma de $ 142.000.00. De acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 4ª del citado contrato, se dispone el pago de los trabajos así: 1º Treinta y siete mil pesos ($ 37.000.00) de anticipo al quedar perfeccionado el contrato. Este contado se pagó con cuenta Nº 16989 con fecha 13 de febrero de 1952. 2º Veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) al quedar terminados los trabajos de exploración y fijación de bases para los levantamientos aerofotogramétricos con aprobación del Interventor (Orden de pago Nº 455). Este contado se pagó con cuenta de diciembre 12 de 1952. 3º Trein-

a mil pesos ($ 30.000.00), pagaderos a la terminación de los trabajos aerofotográficos debidamente comprobados y aceptados por el Interventor. Esta cuenta se pagó el 16 de mayo de 952 por medio del comprobante Nº 18175. Se evisó el trabajo de aerofotografía por los Interventores, encontrándolo correcto. Este trabajo o vio también el señor Ministro. 4º Contado de quince mil pesos ($ 15.000.00) a la entrega y aprobación por el Ministerio de Agricultura de todos los trabajos de la primera etapa, incluyendo entrega de planos y estudio de posibles sitios de embalse. Para justificar el pago de este contado, los Contratistas entregaron una memoria explicativa con el estudio de los posibles sitios de embalse, con las modificaciones convenidas por medio de Actas, con el Interventor doctor Jaime Ospina Vargas. Revisados estos estudios y los planos generales de las zonas fotografiadas, se encuentran aceptables para aprobación. Las zonas fueron reconocidas sobre el terreno, en parte por el Dr. Ospina y 14 por el suscrito en compañía del Director de la División de Recursos Naturales. Las fotografías y los planos fueron puestos de presente a la Interventoría, pero se les devolvieron a los contratistas por ser indispensables para el trabajo de la segunda etapa de estudios y proyectos. Como de acuerdo con lo antes anotado, los contratistas han llenado los requisitos para hacerse acreedores al pago del 4º contado, CONCEPTUO que se puede pagar, y en consecuencia, acompaño al presente memorandum la cuenta correspondiente para la visación del señor Secretario General.

Resumen de la cuenta:

Valor del contrato		$ 142.000.00
Primer contado . . .	P. $ 37.000.00	
Segundo contado . .	P. $ 25.000.00	
Tercer contado	P. $ 30.000.00	
Cuarto contado . . .	P. $ 15.000.00	
Saldo para los otros contados	$ 35.000.00	
	$ 142.000.00	$ 142.000.00

"De acuerdo con lo dispuesto en la cláusula segunda del contrato, se prevé el caso de estudios adicionales en zonas previamente acordadas con la Interventoría. El Ingeniero Interventor en la Guajira, Dr. Jaime Ospina, por medio de Actas que obran en mi archivo, dispuso el levantamiento aerofotográfico de zonas correspondientes a algunos arroyos no contemplados en el plano original, pero que presentan magníficas soluciones para proyectos de represas; igualmente la ampliación aerofotográfica de zonas que no alcanzaban a quedar dentro de la fotografía calculada y era necesario para completar las hoyas hidrográficas. De estos trabajos se informó oportunamente al señor Ministro y él manifestó su conformidad. No se ha llenado el requisito dispuesto en la misma cláusula contractual que dice: 'Las especificaciones y pagos de estos estudios serán materia de un contrato adicional según acuerdo entre las partes'. El área para estudios fotogramétricos, con sus planos restituídos, incluída en el contrato es de 1.200 kilómetros cuadrados y el área realmente estudiada con autorización posterior, es de 2.064 kilómetros cuadrados. Queda una deuda adicional pendiente por el exceso de 864 kilómetros cuadrados, cuyo valor no se ha estipulado. (Fdo.) JOSE MARIA SARMIENTO O. Ing. Interventor Nacional".

13.—Del 10 de junio al 22 de julio de 1953 el Ministerio de Agricultura, con la firma del mismo ingeniero, les otorgó a los contratistas los recibos correspondientes a los estudios y proyectos de las siguientes zonas y represas: 10 de junio, zona número 8 y represa de Santa Cruz; 22 de julio zonas número 2 y número 4, represas de Ichepo y de Sipanao, respectivamente y por último en la misma fecha, los estudios y proyectos de la zona número 5, y represa de Nazaret.

14.—Habiendo solicitado reposición los contratistas desde el 20 de febrero de 1953, cuando se dieron por notificados, de la providencia de 30 de enero por medio de la cual el Ministerio de Agricultura les impuso la segunda multa de mil pesos, ese Despacho vino a estudiar y decidir sobre el particular en Resolución del 10 de septiembre de 1953 de la cual se copia:

"La providencia ministerial tuvo por fundamento la circunstancia de que conforme al ordinal d) de la cláusula 2ª del contrato, el término para la entrega total de los estudios venció el 20 de septiembre de 1952 y que no obstante el ofrecimiento que hicieron los contratistas en comunicación de 14 de julio de 1952, de entregar los 15 proyectos restantes el 31 de octubre del año de 1952, hasta la fecha de (sic) resolución ministerial, tal compromiso contractual no había sido cumplido. Ante tales circunstancias de hecho y conforme a lo previsto en la cláusula 8ª del contrato que faculta al Gobierno para que por medio de Resolución del Ministerio de Agricultura pueda imponer multas sucesivas hasta de $ 1.000.00, si los contratistas faltaren al cumplimiento de alguna o algunas de sus obligaciones, fue impuesta esa sanción que es la segunda que el Ministerio se vio en el caso de imponer por retardo en la entrega de los estudios contratados. En el memorial mediante el cual

sustentan el recurso de reconsideración, los contratistas no informan el hecho fundamental de retardo en el cumplimiento de sus obligaciones y se limita a calificar de fuerza mayor o caso fortuito, como se previó en la cláusula segunda, afirmaciones que hacen sobre demora en la tramitación del contrato que dificultó los trabajos aerofotogramétricos por mal estado del tiempo; necesidad de proyectar obras accesorias para tomar agua de distintos sitios, por dificultades topográficas del terreno; que los plazos señalados en el contrato fueron cortos y que les ha sido difícil el servicio de restituciones del trabajo aerofotogramétrico y por último que su demora en la entrega de la totalidad de los estudios no ha perjudicado al Ministerio ya que con la entrega parcial de los proyectos el Ministerio podría entrar a realizar las obras. Según el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 se considera como fuerza mayor o caso fortuito el impositivo a que no es posible resistir, como naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad, ejercidos por un funcionario público, etc. Ha sido jurisprudencia constante de la Corte Suprema de Justicia con relación a la fuerza mayor o caso fortuito, la de que solo tiene efecto liberatorio de las obligaciones contractuales cuando reúne, a más de no ser imputable al deudor, ni haber concurrido por culpa de ésta, la de ser irresistible y haber sido imprevisible de tal modo que las simples dificultades para el cumplimiento de la obligación, como las aducidas en su descargo por los contratistas en el presente caso, no son suficientes porque no establecen la imposibilidad de ejecución que es característica para que exista la causal que alegan. No obrando por lo tanto circunstancia comprobadas de fuerza mayor o caso fortuito y establecido el retardo en que hasta la fecha de expedición de la Resolución Ministerial habían incurrido los contratistas para entregar al Ministerio la totalidad de los estudios contratados, la providencia Ministerial que los sanciona está fundada en las estipulaciones contractuales y debe mantenerse".

15.—El 24 de septiembre de 1953, profirió el Ministerio de Agricultura la Resolución número 1147 de ese año "que declara administrativamente caducado un contrato" y dice así:

"CONSIDERANDO. Que por contrato suscrito con el Gobierno el 11 de octubre de 1951, los Ingenieros ALFONSO GUZMAN V., JORGE LAVERDE E. y MANUEL J. MUÑOZ FAUX, obrando de manera solidaria, se obligaron a ejecutar el estudio completo para el diseño de veinte (20) proyectos para suministro de agua a diversos lugares de la Comisaría de la Guajira, por el sistema de lagunas o embalses con represas y a entregar tales proyectos al Ministerio de Agricultura, con sus especificaciones y presupuestos, por grupos de cinco para facilitar su construcción. Que en la cláusula segunda, ordinal d), se estableció que los contratistas entregarían los trabajos, dentro de los ciento veinte días (120) hábiles de trabajo siguientes a la fecha de entrega del primer contado de anticipo, salvo fuerza mayor o caso fortuito comprobado. Que la cláusula cuarta, ordinal d) del contrato, estipuló el precio total de ciento cuarenta y dos mil pesos ($ 142.000.00) que se cubriría en pagos parciales, correspondiendo el primer abono de treinta y siete mil pesos ($ 37.000.00) a un anticipo que se entregaría al perfeccionarse el contrato. Que el pago del primer contado de anticipo se verificó a los contratistas en la fecha del 27 de febrero de 1952 fecha a partir de la cual se contaba el término de ciento veinte (120) días previsto, como arriba se dijo para la entrega total de los trabajos. Que el Ingeniero contratista MANUEL J. MUÑOZ FAUX, en comunicación para el Ministerio de fecha 14 de julio de 1952, tras de poner de presente las dificultades que se habían presentado a los contratistas para adelantar el trabajo aerofotogramétrico, solicitó ampliación del término para la entrega de los proyectos de las primeras cinco fuentes hasta el 20 de septiembre de dicho año y para la entrega de los quince proyectos restantes hasta el 31 de octubre de 1952. Que no obstante haber expirado el término señalado en el contrato y el de la prórroga solicitada por los contratistas, hasta el presente sólo han entregado al Ministerio diez proyectos de embalse, quedando por lo tanto sin entregar los diez proyectos restantes. Que como abono del precio total estipulado, los contratistas tienen hasta el presente recibidos cuatro (4) contados, por un valor total de ciento siete mil pesos ($ 107.000.00) quedando por tanto únicamente por cubrir un saldo de treinta y cinco mil pesos ($ 35.000.00) para completar el valor de los veinte proyectos de estudios comprendidos en el contrato. Que con relación a los diez (10) proyectos que aún no han sido entregados los contratistas han ejecutado trabajos preliminares de levantamiento aerofotogramétrico, que según datos suministrados por los mismos contratistas tienen un valor de cincuenta y cuatro mil setecientos sesenta y seis pesos con cinco centavos ($ 54.766.05). Que conforme a la cláusula séptima del contrato, éste quedó sujeto a caducidad

dministrativa por las causales que determina l artículo 254 de la Ley 167 de 1941, y además, i el avance de los trabajos no fuera satisfactorio o por cualquier otro motivo que pueda considerarse como incumplimiento por parte de los contratistas. Que la misma cláusula estipula que la caducidad podrá ser declarada mediante Resolución motivada del Ministerio de Agricultura, en virtud de la cual los contratistas, deben cumplir las ordenaciones que se imparten en dicha Resolución. Que conforme a la cláusula novena los contratistas garantizaron el cumplimiento del contrato con una fianza de la Caja Nacional de Previsión, por la cuantía de veinte mil pesos ($ 20.000.00) según póliza 20135 del año de 1951 que fue renovada; Que siendo evidente el incumplimiento para entrega de los veinte (20) proyectos de represas en que han incurrido los contratistas, es pertinente aplicar la cláusula contractual sobre caducidad administrativa impartiendo al efecto el Ministerio las ordenaciones consiguienes; Que el valor de los levantamientos aerofotogramétricos, según los datos suministrados por los contratistas, asciende a la cantidad de $ 54.766.05, suma que, deducida del contrato de $ 142.000.00, acusa una diferencia de $ 87.233.95 correspondiente a la totalidad del trabajo que los contratistas habían debido entregar al Ministerio; Que como sólo fue entregada la mitad de ese trabajo, o sea el correspondiente a diez proyectos el costo de ellos debe estimarse en la mitad del valor anteriormente anotado, o sea la suma de $ 43.616,97. Que sumada esta última cantidad al valor del levantamiento aerofotogramétrico realizado, da un total de $ 98.383.02 que representa el total del costo de los trabajos cumplidos hasta el presente por parte de los contratistas; Que como los mismos contratistas han recibido hasta el presente a buena cuenta del valor total del contrato, la suma de $ 107.000.00, queda a cargo de los mismos un saldo de $ 8.610.98 que deben reintegrar.

RESUELVE: Artículo 1º—Por incumplimiento de los contratistas Alfonso Guzmán V., Jorge Laverde E. y Manuel J. Muñoz Faux, se declara administrativamente caducado el contrato que con fecha 11 de octubre de 1951, celebraron con el Gobierno para la ejecución del estudio completo para el diseño de 20 proyectos para suministro de agua a diversos lugares de la Comisaría de la Guajira por el sistema de lagunas o embalses con represas. Artículo 2º Como consecuencia de la caducidad decretada no habrá lugar al pago a los contratistas de los dos últimos contados del pago conforme a la estipulación de la cláusula cuarta equivalente a la cantidad de $ 35.000.00 y además los mismos contratistas quedan obligados a reintegrar al Gobierno como exceso recibido por razón del mismo contrato de la cantidad de $ 8.616.98. Artículo 3º El reintegro a favor del Gobierno de la cantidad de $ 8.616.98 se hará efectivo a la Caja Nacional de Previsión con base en la fianza de cumplimiento que otorgaron a favor del Gobierno, según póliza 20135 del año de 1951 y que fue renovada según oficio de la citada Caja Nacional de Previsión de 12 de diciembre de 1952. Artículo 4º Quedan los contratistas obligados a entregar inmediatamente al Ministerio los trabajos completos de levantamiento y restitución correspondientes a los proyectos definitivos que no fueron entregados. Artículo 5º Contra esta Resolución sólo procede por vía gubernativa del recurso de reposición que se interponga dentro de los 10 días siguientes a la notificación. Notifíquese esta Resolución a cualquiera de los contratistas residentes en esta ciudad. Cúmplase. (Fdo.) Brigadier General Arturo Charry, Ministro de Agricultura. (Fdo.) José Eustacio Tobar Acosta, Secretario General".

16.—Con fecha del 28 de septiembre de 1953 se extendió bajo la forma de recibo un inventario así:

"Ref.: Contrato para los estudios y proyectos de 20 represas en la Guajira. Recibimos de Guzmán, Laverde & Muñoz Ltda. Ingenieros Contratistas los siguientes estudios: en calidad de anexo al recurso de reposición interpuesto por los mismos a la Resolución 1147 de 1953". La relación incluye las memorias, las planchas, las carteras de campo y las fotografías aéreas, de las zonas números 6, 19, 1, 9, 20, 10, 11, 7, 3 y 13 y que la memoria se compone de un original y de una copia. Está la antefirma del abogado general del Ministerio de Agricultura, o mejor dicho el lugar para que esa firma se estampe, pero ella no figura; en cambio aparece un sello del Ministerio, de la Oficina de Registro de correspondencia y Control y media firma en lápiz rojo que dice: 'Marina C. R.'.

17.—Con fecha del 14 de octubre de 1953 rindió un informe detallado el señor Hernando Neira Combariza, Ingeniero hidráulico del Ministerio, cuya copia auténtica se expidió por el Director de la División de Recursos Naturales. En ella se relacionan los diez primeros proyectos presentados por los ingenieros, a saber: 1-Represa de 'La Majaura' o 'Rancho Grande'. 2-Represa de 'Cutanamana'. 3-Represa de 'Ipaure'. 4-Represa de 'Ipanaurú'. 5-Represa de 'Santa Cruz'. 6-Represa de 'Yuna'. 7-Represa de 'Aipir'. 8-Represa de

'Nazaret'. 9-Represa 'Siapanao'. y 10-Represa de 'Ichepo'. Se advierte que todos esos estudios y proyectos están bien presentados y por tanto 'pueden (sic) considerarse su aprobación'. Se hacen algunos reparos en cuanto a la cimentación de las obras respecto de la represa de Cutanamana, de la cual dice el Ingeniero informante que está prácticamente concluída bajo su dirección, suponiendo que por lo apresurado de los estudios llevados a cabo por los ingenieros Guzmán, Laverde y Muñoz Ltda., no pudieron hacer excavaciones adecuadas y que habiendo ellos asegurado que se encontraban estratos y terrenos impermeables hasta los 6,50 metros de profundidad, ello no resultó cierto porque a menos de 4,50 metros el ingeniero constructor encontró la vena líquida proveniente del cauce del arroyo de aquel nombre; que cosa similar estaba sucediendo en las cimentaciones efectuadas para la represa de Ipaure; pero que 'por lo demás los proyectos están perfectamente diseñados y ajustados a los estudios hidráulicos correspondientes, y considero (sic) la falla de estudios en el subsuelo debido a lo demasiado corto el tiempo (sic) que disponían para efectuar más a fondo apiques (sic) que les dieran una mejor idea de la formación geológica de las capas del subsuelo'. Luego formula algunas observaciones en cuanto a los diez proyectos referentes a las zonas números 1, 3, 6, 7, 9, 10, 11, 13, 19 y 20 concluyendo así: "Estos últimos diez proyectos, presentados por la firma Guzmán Laverde & Muñoz, no pueden ser considerados para la aprobación mientras los señores contratistas no presenten las copias y planos pedidos ya en los párrafos anteriores. Una vez presentados y completados estos proyectos, podrá la Sección Técnica revisarlos y chequearlos (sic) sobre el terreno, para poder presentar las conclusiones definitivas sobre ellos".

18.—El 14 de noviembre de 1953, es decir, a un mes exacto de la fecha del informe anterior, el Ministerio de Agricultura profirió la siguiente Resolución:

"Por resolución Ministerial de fecha 24 de septiembre del corriente año se declaró caducado por incumplimiento el contrato celebrado por el Gobierno con los ingenieros ALFONSO GUZMAN V., JORGE LAVERDE E., y MANUEL J. MUÑOZ FAUX sobre ejecución del estudio completo para el diseño de veinte proyectos para suministro de agua a diversos lugares de la Comisaría de la Guajira y se ordenó el reintegro por los contratistas de la cantidad de $ 8.616.98 como exceso recibido por razón del mismo contrato, reintegro que debe hacerse efectivo por la Caja Nacional de Previsión, fiadora de los contratistas, quedando éstos obligados a entregar al Ministerio los trabajos completos de levantamiento y restitución correspondiente a los proyectos definitivos que no fueron entregados. El contratista señor JORGE LAVERDE ESGUERRA, en propio nombre y en representación de los demás contratistas dándose por notificado de la providencia de caducidad, en memorial presentado al Ministerio el 30 del mismo mes de septiembre interpuso recurso de reposición, agregando que en esa fecha presentaba al Ministerio los últimos diez (10) proyectos comprendidos en el contrato de 11 de octubre de 1951, junto con las memorias y presupuestos, así como también la totalidad de las fotografías aéreas tomadas en las zonas estipuladas en el contrato. En el citado memorial y en el que con fecha 9 de octubre último, presentó al Ministerio el mismo contratista, expone las razones en que funda el recurso de reposición, que pueden sintetizarse así: a) Que la determinación de los lugares de los embalses conforme al contrato es bastante vaga, por lo cual los contratistas debieron realizar vastas exploraciones a fin de buscar los sitios más apropiados para los estudios; b) Que habiéndose suscrito el contrato el 11 de octubre de 1951 sólo vino a legalizarse el 27 de febrero de 1952 por lo cual los trabajos aerofotográficos sólo pudieron realizarse a partir del mes de marzo, en condiciones atmosféricas desfavorables; c) Que los contratistas encontraron dificultades en la restitución fotogramétrica de los planos, labor que sólo pudo ser realizada por el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi"; d) Que por las condiciones del terreno los contratistas debieron prospectar obras adicionales a los embalses, que implicaron un mayor tiempo de estudio en la elaboración de los proyectos; e) Que en la Resolución de caducidad el Ministerio calcula en $ 54.766,05 los trabajos aerofotográficos y de restitución, respecto de los diez proyectos no entregados contratados por los contratistas con terceros, pero que no se tuvo en cuenta el valor de la labor previa de los contratistas para poder ejecutar dichos trabajos; f) Que tampoco se incluyó en la suma antes mencionada el gasto ocasionado a los contratistas por el estudio de posibles sitios de embalse que aparecen en los planos generales levantados por los contratistas; g) Que esos gastos que no acepta el Ministerio, relacionados con los estudios del terreno y proyectos respectivos en los diez sitios de embalse no se habían entregado en la fecha de la resolución de caducidad, podrían valorarse

con los datos suministrados por los contratistas, o mediante el examen de los comprobantes de contabilidad de los mismos; h) Que los contratistas creen posible que la liquidación se efectúe según el valor de las dos etapas en que se dividió la propuesta por ellos presentada, correspondiente la primera a la exploración preliminar, levantamiento aerofotogramétrico y estudio de los sitios de embalse más favorables y la segunda correspondiente al levantamiento de precisión del lugar escogido para el embalse, localización, diseño y detalles de la represa, presupuesto y especificaciones de construcción, sistema de liquidación que acusaría a favor de los contratistas un saldo favorable de $ 10.000.00 sobre las sumas que tienen recibidas del Ministerio. A las anteriores razones de los contratistas, el Ministerio observa lo siguiente: a) Conforme a la estipulación de la cláusula segunda del contrato la determinación de hoyas hidrográficas para el estudio y diseño de los proyectos, se toma como simple base pero es de cargo de los contratistas verificar las explotaciones (sic) y recorridos de los sectores de mejores características para la realización de los embalses y estando prevista esta circunstancia en el contrato, no es admisible alegarla para fundar la demora o inejecución del contrato; b) La demora en la tramitación administrativa del contrato fue una cuestión previsible que no puede en forma alguna alegarse como causal para modificar el plano señalado en el contrato para la ejecución de los estudios; c) Tampoco constituye circunstancia imprevisible para fundar un incumplimiento, la alegación en cuanto a dificultades que tuvieron los contratistas para subcontratar la restitución fotogramétrica de los planos, labor por otra parte que realizó el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", a solicitud de los contratistas recomendada por el Ministerio; d) Las condiciones mismas del terreno en donde deberían verificarse los estudios están dentro de la naturaleza misma del contrato celebrado y no puede estimarse como circunstancia sorpresiva para profesionales que debieron formular su propuesta basada en razonable conocimiento del lugar del trabajo; e) En el contrato no se estipula a cargo del Ministerio discriminación de pagos por labores previas para la realización y entrega a satisfacción de los proyectos de estudios de embalses y si sobre los diez proyectos no entregados el Ministerio por razón de equidad tuvo a bien en la resolución de caducidad, tener en cuenta el valor de $ 54.766,05 por trabajos aerofotográficos y de restitución, según datos suministrados por los mismos contratistas, no está obligado en manera alguna a reconocer el valor de la labor previa de los contratistas para poder ejecutar las aerofotografías y su restitución; f) Por la misma razón indicada anteriormente el contrato no obliga al Ministerio a verificar a los contratistas pagos parciales por estudios de posibles sitios de embalses, que dentro de la naturaleza misma del contrato correspondía efectuar a los contratistas para presentar en la oportunidad debida, su trabajo completo que fue contratado a precio fijo; g) No habiéndose entregado a la fecha de la resolución de caducidad los diez últimos proyectos de embalse ni habiendo sido estos proyectos recibidos con posterioridad a satisfacción del Ministerio, no es admisible la alegación de los contratistas sobre valoración de trabajos que no entregaron oportunamente y que en los términos del contrato constituye causal de caducidad administrativa; h) Por último los contratistas sugieren una fórmula contractual para que se liquide parcialmente en dos etapas la ejecución del contrato que celebraron, con miras a obtener un saldo a su favor de $ 10.000.00. Siendo así que las estipulaciones contractuales fueron claras en cuanto a la obligación de los contratistas de entregar en término preciso los veinte (20) proyectos completos para el diseño de los proyectos de suministro de aguas por un precio fijo, pagable en forma de abonos sucesivos e incumplida parcialmente la obligación de los contratistas, es de rigor la aplicación de la cláusula SEPTIMA del contrato sobre caducidad del mismo, según la aplicación que se hizo en la resolución reclamada. Es por lo tanto fundada en las estipulaciones contractuales la sanción de caducidad impuesta por incumplimiento de los contratistas, caducidad cuyo rigor tuvo a bien el Ministerio limitar reconociendo a los contratistas el valor, según datos suministrados por ellos mismos, de los trabajos de levantamiento aerofotogramétrico. En mérito de las consideraciones expuestas, el Ministerio de Agricultura, RESUELVE: No se accede a reformar en forma alguna la resolución ministerial Nº 1147 de 24 de septiembre de 1953 y sobre caducidad administrativa del contrato suscrito el 11 de octubre de 1951, con los ingenieros ALFONSO GUZMAN V., JORGE LAVERDE E., y MANUEL J. MUÑOZ FAUX sobre ejecución del estudio completo para el diseño de veinte (20) proyectos para suministro de aguas en la Comisaría de la Guajira. Comuníquese esta resolución para los efectos consiguientes a la Caja Nacional de Previsión como fiadora de los contratistas. Contra

esta providencia no procede recurso por vía gubernativa. Notifíquese esta resolución a cualquiera de los contratistas residente en esta ciudad. CUMPLASE. (Fdo.) BRIGADIER GENERAL ARTURO CHARRY., MINISTRO DE AGRICULTURA. (Fdo.) JOSE EUSTACIO TOBAR ACOSTA. Secretario General. Es fiel copia para fines oficiales. (Fdo.) JOSE EUSTACIO TOBAR ACOSTA, SECRETARIO GENERAL".

19.—Fundándose en los hechos que incluye la relación que precede, y alegando además que se les adeuda, por concepto de cuotas no pagadas la cantidad de $ 35.000.00 y por el de trabajos adicionales la de $ 22.170.00, los contratistas, ya expresados, señores Guzmán, Laverde y Muñoz, obrando conjuntamente, por ministerio de apoderado, demandaron a la Nación mediante libelo de 14 de mayo de 1954, presentado en la misma fecha en la Secretaría de esta Sala para que, previo el trámite de un juicio ordinario de mayor cuantía y una sola instancia con audiencia del señor Procurador Delegado en lo Civil, se hicieran las siguientes declaraciones:

"PRIMERA. — Son nulas las Resoluciones número 1147, y sin número, de fechas septiembre 24 y noviembre 14 de 1953, respectivamente, emanadas éstas del Ministerio de Agricultura, por la primera de las cuales fue declarada administrativamente la caducidad del contrato celebrado entre mis mandantes y la Nación el 11 de octubre de 1951, y por la segunda fue confirmada la anterior, y

"SEGUNDA. — La Nación está obligada a pagarles a mis mandantes dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, la suma de $ 57.170.00 moneda legal, o la cantidad mayor o menor que resulta acreditada en el proceso, por concepto de los trabajos realizados por los mencionados ingenieros en razón del contrato de 11 de octubre de 1951, mas los intereses legales de dicha suma contados a partir del 28 de septiembre de 1953, fecha en la cual la Nación recibió los últimos trabajos pendientes".

20.—La demanda se admitió por auto de 2 de julio de 1954, se ordenó pasarla en traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, quien la contestó oportunamente, negando el derecho invocado y aceptando algunos hechos que no implicaban cargos para la parte demandada. Alegó que si el pago del primer contado no se hizo en la fecha esperada por los contratistas, ello se explica por la tramitación a que esta clase de negocios está sometida y especialmente al dictamen del Consejo de Estado, cuya aprobación no fue posible obtenerla antes de la fecha en qu lo fue; que el pago anticipado de los $ 37.000 a que se hace referencia, se atendió mediante la cuenta que los mismos ingenieros formularon el 13 de febrero de 1952 y el Ministerio canceló el 27 de los mismos mes y año; que desde esta última fecha empezaban a correr los ciento veinte (120) días hábiles para la entrega de los trabajos contratados; que a pesar de las prórrogas, que el Ministerio concedió a los contratistas, éstos hasta el 20 de septiembre de 1952 en que debían entregar los proyectos de las primeras cinco fuentes, no lo hicieron, y tampoco el 31 de diciembre del mismo año respecto de los proyectos de las quince restantes; de tal suerte que los ciento veinte días (120) hábiles contados desde el 27 de febrero de 1952 "se convirtieron en diez y nueve meses de trabajo", que a ese ritmo los contratistas hubieran necesitado más de tres años para cumplir con una obligación de ciento veinte días hábiles de plazo; que no es cierto que ellos hubieran cumplido con sus obligaciones, como se demuestra por la contestación anterior, pues debiendo entregar los proyectos de las primeras cinco fuentes el 20 de septiembre de 1952, por efecto de la prórroga concedida y la totalidad de los trabajos el 31 de diciembre del mismo año, los propios demandantes afirman haber empezado a entregar tales proyectos escalonados el 9 de enero de 1953. Desconoce el señor Representante de la Nación que los contratistas hubieran tenido un costo total por los levantamientos aerofotográficos adicionales equivalentes a $ 54.766,05, cantidad que, según ellos, no comprende ni los gastos de trabajo de campo, ni las exploraciones, ni las memorias, ni el dibujo de los planos, etc., y tampoco que se hubiera fijado como precio para esta clase de trabajos la suma de $ 92.000.00, conforme a las estipulaciones posteriores y que forman un anexo del contrato; agregando el señor Procurador que aquí es necesario tener en cuenta los términos precisos e inequívocos de la cláusula cuarta del contrato que en lo pertinente fija como única y total remuneración a cargo del Gobierno el pago de la cantidad de $ 142.000.00. En cambio acepta el señor Procurador que los trabajos sí fueron aerofotogramétricos porque comprendieron la restitución de las aerofotografías del terreno, y agrega que, conforme la cláusula segunda, era obligación de los contratistas, una vez terminada la exploración del terreno, hacer dichos levantamientos y restitución. Que al decretar la caducidad el Gobierno, procediendo equitativa-

ente, tuvo en cuenta, para no causar perjuicio los contratistas, lo gastado por éstos en aquelos trabajos y así lo imputó a buena cuenta de que tenían recibido. Que es verdad que la suha que la Nación debía pagar a los contratistas ra de $ 142.000.00, de la cual ya habían recibilo hasta la presentación de la demanda la suma e $ 107.000.00; pero que por no haber cumplido on la totalidad de sus obligaciones los contratisas no tienen siquiera derecho a esta última antidad de $ 107.000.00, sino que deben restituír lo que la Resolución de caducidad expresa. Por lo mismo rechaza el señor Procurador la pretensión de que el valor total de los trabajos ejecutados, incluídos los adicionales, sea de $ 164.170. a la afirmación de los contratistas de que la Nación debía pagarles $ 10.000.00 a la entrega y aprobación de los diez primeros proyectos definitivos, entrega que se realizó el 22 de julio de 1953 previo concepto favorable del ingeniero interventor del Ministerio de Agricultura, contesta el señor Procurador que es cierto, pero que los contratistas no entregaron a su debido tiempo esos diez primeros proyectos definitivos colocándose en mora y que la Nación ha pagado más de aquello a que estaba obligada. Que no es cierto que los contratistas hubieran entregado la totalidad de los trabajos de la primera etapa el 24 de septiembre de 1953 porque el Ministerio no había conceptuado técnicamente sobre los documentos presentados por los contratistas y mucho menos es verdad que los contratistas hubieran entregado los trabajos de la segunda etapa porque ellos han sido objetados, ateniéndose en este punto el señor Procurador a la copia del informe de observaciones que presentó con su contestación. Que no consta oficialmente que los contratistas hubieran entregado el resto de sus trabajos; que la situación exacta el día de la fecha de la Resolución que declaró la caducidad, era la de que los contratistas desde hacía muchos meses estaban en mora de cumplir con sus obligaciones y ya habían recibido de la Nación más de lo que debía pagarles hasta esa fecha. Alega que, si bien la Nación al contratar queda sometida a las prescripciones del derecho común que gobiernan los contratos, una de las causas legales que le permiten invalidar unilateralmente el que celebró, es la declaratoria administrativa de caducidad, estipulada conforme al artículo 254 del Código de lo Contencioso Administrativo. Que no obstante ello, el Ministerio de Agricultura "extremó la generosidad al tolerar un incumplimiento continuado, antes de declarar la caducidad; prueba de tal pleno incumplimiento de los contratistas y del ánimo del Ministerio son las resoluciones de 13 de noviembre de 1952, por la cual se les impuso una multa de mil pesos, de 30 de enero de 1953 que contiene otra sanción de este género por igual cuantía, y la de diez de septiembre de 1953 que niega la reposición solicitada por la segunda multa". Junto con la contestación presentó los documentos ya citados en lo que precede.

21.—El juicio se abrió a prueba, se practicaron las que adelante serán objeto de los considerandos; el 9 de febrero se ordenó el traslado para alegar y ambas partes produjeron escritos bien razonados que sustentan sus particulares puntos de vista. El 14 de mayo próximo pasado, una vez citadas, entró el negocio para sentencia y se procede a dictarla,

CONSIDERANDO:

Como se ve por las súplicas de la demanda se pretende el reconocimiento a cargo del Estado y a favor de los contratistas, de una indemnización de perjuicios dependiente de que no ha debido pronunciarse la caducidad del contrato de 11 de octubre de 1951; por lo cual las resoluciones del Ministerio de Agricultura deben anularse a fin de que aquella indemnización se decrete hasta el importe de cierta suma de dinero que la demanda estima provisionalmente en $ 57.170.00.

Conocida, pues, la clase de la acción, la Sala debe anteponer un breve estudio sobre la oportunidad de su ejercicio, aunque el punto no hubiera sido materia de debate en el juicio. La razón estriba en que el artículo 3º de la Ley 53 de 1909 (que está vigente) previene que las acciones civiles emanadas de las decisiones administrativas referentes a contratos, han de interponerse dentro del plazo de seis meses comunes, contados desde cuando quede ejecutoriada la respectiva decisión; so pena de que, expirado aquel término, sin que los interesados hayan intentado reclamación alguna, se presumirá que han renunciado a toda acción civil y la Nación quedará libre de responsabilidad por perjuicios. Se trata, por consiguiente, de un término perentorio que produce la caducidad legal de la acción.

Ese texto —según doctrina del fallo de 9 de diciembre de 1936, "es un precepto de derecho administrativo que consagra un **término perentorio** para intentar las acciones civiles que emanan de las resoluciones administrativas referentes a contratos celebrados por particulares con la Nación, y al fijar ella ese término, establece una presunción de renuncia de las acciones por

parte de los interesados que le han dejado transcurrir sin haberlas promovido; de modo que el demandado no puede alegar la prescripción sino la expiración del plazo que tal disposición concede al perjudicado para establecer las acciones. Y se dice que no puede aquel alegar la prescripción, porque quien alega ésta, alega hechos que exigen ser demostrados; y en un caso como el que se estudia no hay nada qué demostrar respecto de la renuncia del actor, porque la ley la presume derivándola del hecho mismo de no haberse promovido la acción dentro de los seis meses de que habla el dicho artículo 3º" (G. J. Tomo XLIV, págs. 789 y ss.).

Aunque perentorio, y no de prescripción, el término indicado, quizá todavía pudiera dudarse de si fuera menester alegarlo para que se estimara en la sentencia; como parece indicarlo la doctrina acabada de citar. Pero no es así, pues lo afirmado realmente en dicho fallo no significa que el término perentorio deba proponerse a la consideración del juez lo mismo que la prescripción. Apenas se advirtió que el demandado no podía alegar ésta, "sino la expiración del plazo", lo que ya es distinto. Porque si es indiscutible que la prescripción nunca puede declararse de oficio, sino que siempre ha de alegarse, no ocurre otro tanto con el término perentorio que obra **ipso iure,** o sea, que surte sus efectos por ministerio de la ley, transcurre inevitablemente a partir del hecho señalado por la misma, y es **preclusivo.** Esta palabra —como también lo explicó la corte—, "derivada del latín **occludere,** que equivale a ocluír o cerrar, significa la clausura, por ordenarlo una norma legislada, de las actividades que pueden llevarse a cabo, sean por las partes o por el juez, durante el desarrollo del proceso en cada una de las etapas en que la ley lo divide... Precluír es, pues, finalizar la oportunidad legal para ejecutar determinados actos después de realizados otros o de expirados ciertos términos, por quedar prohibido a las partes el derecho a ello". (Casación civil, 16 de diciembre de 1937; G. J. Tomo XLVI, pág. 36).

Supuesto lo anterior, se advierte que, según quedó anotado en el numeral 19 de los resultandos, el 14 de mayo de 1954 presentaron los actores su demanda contra la Nación, y aunque no consta cuándo se les notificó la resolución acusada, ella se profirió con carácter definitivo el 14 de noviembre de 1953. Luego por simple comparación de fechas se deduce que, cualquiera que hubiera sido la de la notificación de la última providencia, o la de su ejecutoria, la demanda fue introducida en tiempo, la acción está viva nada impide examinarla.

Viniendo al fondo del asunto, fácil es e tender que el pleito se motivó por considerar Ministerio de Agricultura, que había derecho p ra pronunciar la caducidad del contrato, a cau de incumplimiento, y de acuerdo con las estipu laciones de la cláusula 7ª cuyo texto ya se con ce. El señor apoderado de los demandantes aleg que la única consideración valedera, formulad en las resoluciones sobre caducidad, fue la de mora en la entrega de los trabajos, basándola e que debiendo concluírse y presentarse dentro d ciento veinte días hábiles contados a partir de 27 de febrero de 1952, más o menos, a fines de mes de julio del mismo año, no lo fueron. Per que tal interpretación es inaceptable; porque se gún consta en las actas, atrás relacionadas, el in geniero interventor del Ministerio de Agricultura, en colaboración con los contratistas, no pudo dejar localizadas sobre el terreno las zonas de estudio antes del 27 de septiembre de 1952. Que debido a tales circunstancias el ingeniero Muñoz se dirigió al Ministerio el 14 de julio de 1952 en solicitud de una prórroga, que el Ministerio concedió tácitamente, a pesar de lo cual les impuso a los contratistas dos multas de mil pesos cada una según las resoluciones arriba copiadas, del 13 de noviembre de 1952 y del 30 de enero de 1953. Alega también que, conforme a lo que reza literalmente la cláusula del plazo, no se podían contar mecánicamente, con arreglo al calendario, los ciento veinte días hábiles, es decir, como opuestos a días de vacancia o no laborables, sino que al estipularse precisamente ciento veinte días hábiles de trabajo, entendieron señalar un plazo especial, que dependía de condiciones atmosféricas favorables a un levantamiento aerofotogramétrico. Que no habiendo sido todo el tiempo propicio para tal efecto el Ministerio antes de dictar su resolución de caducidad, ha debido preconstituír la prueba de que los ciento veinte días hábiles de trabajo, es decir, de condiciones favorables para los levantamientos aerofotogramétricos, transcurrieron sin que los contratistas los hubieran aprovechado.

Este último argumento, no obstante su ingenio y agudeza, es inadmisible porque no se encuentra elemento sólido del cual deducir que tal hubiera sido el sentido dado por los contratistas y el Ministerio, al tramitar la propuesta que aquéllos le formularon y menos al ajustar el contrato sobre los términos de la misma. Pues si se examina el documento presentado con la demanda, y que contiene la alternativa, anexo núme-

o 1 (folios 19 y 20), allí explicaron los ingenieros contratistas que con variar el levantamiento taquimétrico por otro aerofotogramétrico el tiempo necesario para entregar la totalidad del trabajo se reduciría a ciento veinte días hábiles de trabajo contados a partir de la fecha en que quedase debidamente legalizado el contrato entre las partes".

Pudiera considerarse que esta cláusula encerrara alguna ambigüedad que llevara a interpretarla contra la parte que la dictó, aplicando la norma del artículo 1624 del código civil, parte que sería la Nación, pues normalmente corresponde al Ministerio redactar el texto de los contratos; con lo cual se le daría la razón al señor apoderado en su tesis de los ciento veinte días hábiles de trabajo tomados como él pretende. Con todo, comparando el texto de la alternativa de propuesta con el contenido de la cláusula tal como se encuentra en el contrato, se descubre que está calcada sobre la redacción que le dieron los contratistas cuando apenas eran proponentes. Circunstancia adversa al argumento, máxime cuando tampoco aparece que las partes hubieran previsto, que las condiciones atmosféricas en la península de la Guajira durante el año, fueran de tal naturaleza que no permitieran las labores del levantamiento aerofotográfico, sino en días despejados muy difíciles de obtener en término más o menos continuo.

En cambio encuentra la Sala que hay otros particulares, que permiten deducir la concesión de prórrogas tácitas, en el sentido de tiempo indispensable para el cumplimiento de las obligaciones, concedidas a los contratistas, las cuales se explican librándolos así de un cargo por incumplimiento, suficiente como para fundamentar la providencia administrativa de caducidad.

Invocaron aquellos al defenderse de las inculpaciones que les hizo la Resolución número 1147 de 24 de septiembre de 1953, sobre el punto últimamente indicado, y como respaldo de su petición para que el Ministerio revocara la caducidad, un argumento que resume la propia providencia confirmatoria de la primera, (la del 14 de noviembre de 1953), y que rebatió como sigue:

Los Contratistas: "d) Que por las condiciones del terreno (ellos) debieron prospectar obras adicionales a los embalses, que implicaron un mayor tiempo de estudio en la elaboración de los proyectos".

El Ministerio: "a) Conforme a la estipulación de la cláusula segunda del contrato, la determinación de hoyas hidrográficas para el estudio y diseño de proyectos, se toma como simple base pero es de cargo de los contratistas verificar las exploraciones y recorridos de los sectores de mejores características para la realización de los embalses y estando prevista esta circunstancia en el contrato, no es admisible alegarla para fundar la demora o inejecución del contrato".

El Contrato: (Cláusula segunda, en lo pertinente) "Además de las fuentes indicadas para cada zona los ingenieros exploradores deben consignar en su memoria, otros detalles de interés general v. gr., nuevas fuentes QUE SE ENCUENTREN DE PASO (subraya la Corte) y sus características en relación con el estudio que se adelanta, y en caso de presentar un sitio importante, dar aviso para ver si es el caso de ordenar el estudio correspondiente. Si fuese el caso el Gobierno ordenará sobre la necesidad de efectuar estudios en las fuentes adicionales recomendadas por los contratistas antes de que éstos hayan terminado los trabajos de exploración. Las especificaciones y pago de estos estudios serán materia de un contrato adicional según acuerdo entre las partes".

Importa saber que mucho antes de la fecha que lleva la segunda resolución de caducidad, de donde se tomaron el argumento y la respuesta que se dejan copiados, concretamente desde el 27 de mayo de 1953 (siendo así que la Resolución citada lleva fecha 14 de noviembre de ese año), el señor ingeniero José María Sarmiento, en su calidad de Interventor Nacional del Ministerio, había enviado al Director de la División de Recursos Naturales del mismo, un oficio en que le informa, entre otras cosas, lo siguiente:

"El Interventor. "De acuerdo con lo dispuesto en la cláusula segunda del contrato, se prevé el caso de estudios adicionales en zonas previamente acordadas con la Interventoría. El ingeniero interventor en la Guajira, doctor Jaime Ospina, por medio de actas que obran en mi archivo, dispuso el levantamiento aerofotográfico de zonas correspondientes a algunos arroyos no contemplados en el plan original, pero que presentan magníficas soluciones para proyectos de represas; igualmente la ampliación aerofotográfica de zonas que no alcanzaban a quedar dentro de la fotografía calculada y era necesario para completar las hoyas hidrográficas. De estos trabajos se informó oportunamente al señor Ministro y él manifestó su conformidad. No se ha llenado el requisito dispuesto en la misma cláusula contractual que dice: 'Las especificaciones y pago de estos estudios serán materia de un contrato adicional según acuerdo entre las partes".

No es difícil inferir que eran dos cosas muy distintas: el informe relativo a los detalles de interés general que debían consignar en su memoria los contratistas, acerca de nuevas fuentes que se encontraren fortuitamente a su paso, lo cual se estipuló en la cláusula segunda a cargo de los contratistas, y los trabajos adicionales de fotografías no calculadas y de arroyos no comprendidos en el plan original, que el Interventor exigió a los Contratistas y éstos concedieron con conocimiento y aprobación del propio señor Ministro. El Interventor no dice en su informe que los contratistas se hubieran limitado a consignar detalles de interés general acerca de nuevas fuentes que hubieran encontrado a su paso cuando llevaban a efecto el levantamiento pactado, caso en que tendría razón el Ministerio al rechazar la observación de los Contratistas cuando alegaron el mayor tiempo que requirieron los trabajos adicionales; el Interventor informó categóricamente que el doctor Jaime Ospina, interventor en la Guajira, les había exigido a los Contratistas unos trabajos adicionales, trabajos que, en concepto del Interventor Nacional, estaban previstos, pero como objeto de contrato adicional en la cláusula segunda, requisito este último que estaba pendiente, pues los trabajos adicionales y de ampliación ya habían sido realizados satisfactoriamente. Ahora bien: por el hecho de haber accedido los Contratistas al pedido del Interventor, no se les podía exigir que hubieran debido cumplir con tales trabajos empleando el mismo tiempo, primitivamente estipulado, que no previó nada al respecto. Más claro: el plazo de 120 días para el desarrollo del plan original no tuvo en cuenta las ampliaciones ordenadas posteriormente, las cuales, según el mismo contrato, serían materia de convenio adicional, en cuanto a especificaciones y pago, sin poder sostener que en las especificaciones no se tuviera en cuenta el factor tiempo, y menos que los contratistas se hubieran obligado a ejecutarlo todo dentro del mismo plazo que contemplaba obligaciones de un levantamiento de menor extensión etc. De ahí que no tenga razón el Ministerio al rechazar la defensa de los contratistas cuando adujeron el mayor tiempo demandado por causa de los nuevos trabajos, para explicar el retardo que se les imputó; particularmente habiendo pasado por alto aquel Despacho el informe del Interventor que constituye el mejor respaldo para la defensa de los contratistas. Tampoco debe perderse de vista que, conforme a la cláusula 3ª del contrato, el Ministerio no podía intervenir para resolver dudas sobre la manera de interpretar el contrato, sino cuando esas dudas surgieran a través de diferencias entre el Interventor y los Contratistas.

Y es lo cierto que tales dudas no surgieron en el punto que se examina; porque contratistas e interventor estuvieron de acuerdo en que debían hacerse levantamientos de zonas, fuentes u hoyas hidrográficas, no previstos en el plan original, ni sometidos al mismo régimen de plazo pues por esos trabajos adicionales debería celebrarse nuevo contrato entre las partes. Que los ingenieros hubieran atendido la petición del interventor no puede convertirse en argumento contra ellos como lo hizo la Resolución acusada que confirmó la de caducidad y que en el fondo implica una especie de desautorización sin motivo legítimo a lo hecho por el interventor. Este llegó hasta precisar el área de los levantamientos adicionales, comparándola con la incluída en el contrato, tal como fue celebrado y en las circunstancias que entonces fue posible prever. Para ésta calcula una cabida de 1.200 kilómetros cuadrados y para la que comprende todo lo hecho (lo del plan original más lo ordenado por el interventor) señaló una cabida de 2.064 kilómetros cuadrados. Si por concepto de dicha área adicional que implica una diferencia de 864 kilómetros cuadrados, haya de reconocerse derecho a nuevo pago, es asunto para ventilar más adelante. Por ahora basta anotar que, no habiéndose convenido de manera expresa, que los contratistas estuvieran obligados para con el interventor a usar del mismo plazo indicado en el contrato, para los levantamientos según el plan original, el mero hecho de la ampliación acordada entre los primeros y el segundo, significa que las partes entendieron dar la preferencia a lo sustancial de los trabajos ampliados en la forma convenida, para asegurar mejor el objeto buscado con la proyección y diseño de nuevos embalses, sin atribuírle particular trascendencia al factor tiempo, el cual pasó a un plano secundario o de menor importancia. Sería contrario a la equidad y también al espíritu de buena fe que preside la ejecución de los contratos, desconocer la cooperación prestada por los contratistas en el desarrollo del contrato, que estaba bajo la vigilancia e iniciativas del Interventor quien representaba la autoridad del Ministerio en el propio terreno. Ninguna responsabilidad habría podido deducírseles por retardo, mediando la circunstancia de que se ha hablado, sin haber oído previamente al Interventor acerca de la manera como procedían los Contratistas en la ejecución de sus obligaciones sobre el propio

ampo. Y ya se ha visto que el Interventor, lejos de censurar el proceder de los Contratistas, reconoce que había llegado al supuesto previsto de ajustar nuevo contrato respecto de las especificaciones y pago de las obras adicionales.

El 13 de noviembre de 1952 el Ministerio consideró que los contratistas estaban demorados en la entrega de sus trabajos y les impuso una primera multa de mil pesos, conforme a la resolución cuyo texto se insertó en los resultandos; el 30 de enero del mismo año les impuso una segunda multa por el mismo valor de mil pesos, mediante resolución también copiada, en la que consta que habían pagado la anterior y que habían entregado los estudios para la represa del Yuna. No obstante eso, el ingeniero interventor, en su informe del 27 de mayo de 1953, tantas veces citado, conceptuó que se podía pagar el cuarto contado por valor de $ 15.000.00 en atención a que los contratistas habían convenido modificaciones por medio de actas con el ingeniero Jaime Ospina Vargas, quien estaba destinado para fiscalizar los trabajos de los contratistas y cooperar con ellos en el desarrollo y ejecución del mismo contrato. Es decir que en esa fecha 27 de mayo de 1953 un ingeniero autorizado del Ministerio admitió que el contrato se estaba ejecutando normalmente.

Además deben apreciarse de nuevo conjuntamente los factores que motivaron las multas y las resoluciones de caducidad.

El pago de las multas le sirve al señor Procurador Delegado en lo Civil para deducir que con ello los contratistas reconocieron su incumplimiento. Sin embargo, es más pertinente plantear el siguiente dilema: o las multas se usaron como medio para constreñir a los contratistas el cumplimiento de sus obligaciones, o ellas corresponden a una sanción por incumplimiento parcial, consistente en posible retardo. Si lo primero, no cabe duda de que las multas surtieron sus efectos, pues los trabajos se entregaron; si lo segundo, con el pago de ellas los contratistas quedaron exentos de otras responsabilidades por la misma causa. El 10 de septiembre de 1953 se profirió la última resolución sobre multas, pues fue cuando el Ministerio confirmó la segunda de mil pesos; catorce días después o sea el 24 de los mismos mes y año, el Ministerio de Agricultura decidió declarar administrativamente caducado el contrato, imponiéndoles así a los contratistas la máxima pena, sin que apareciera de los motivos de tal resolución, causa distinta del retardo que ya se les había imputado y castigado pecuniariamente.

Entonces, comparando los motivos de éstas con los de las resoluciones sobre caducidad, se descubre que fueron prácticamente unos mismos. De donde se desprende la importancia de estudiar la manera como haya de aplicarse el régimen de penalidad del contrato, entendiendo por tal, las cláusulas séptima y octava que estipularon sanciones.

Conviene apuntar ante todo que los motivos de caducidad enumerados por el artículo 254 del código de lo contencioso administrativo, son muy concretos y explícitos. Desde luego la Administración puede estipular otros, pero debe ajustarse en lo posible al mismo sistema de señalar hechos concretos. En el contrato que ha dado origen al pleito ocurrió que se observó esta regla cuando se previó como causal la de que "el avance de los trabajos no fuera satisfactorio según informe del Interventor"; pero al mismo tiempo se empleó otra fórmula demasiado amplia y algo vaga diciendo: "por cualquier otro motivo que pueda considerarse como incumplimiento por parte de los contratistas", sin especificarlo. Tal forma deja al juez del contrato —en opinión de autorizados tratadistas—, un gran poder de apreciación, sin que pueda tomarse aquello al pie de la letra, pues implicaría la caducidad por el menor incumplimiento, lo que sería manifiestamente irrazonable. Así lo enseña Gastón Jeze en su Tratado extenso de Principios Generales de Derecho Administrativo (Ed. española de Buenos Aires, tomo VI, pág. 81).

Pasando a examinar ahora si hubiera habido motivo para decretar la caducidad por falta de un avance satisfactorio de los trabajos a juicio del Interventor, se halla que los varios informes no solamente no contienen reparos de esta índole, sino al contrario, pues el que rindió el señor Interventor Nacional a 27 de mayo de 1953 fue muy favorable a los contratistas, haciendo especial hincapié en la manera como se amplió el área materia de estudio (de 1.200 kilómetros cuadrados calculados primero, a 2.064). Por ello el Ministerio hubo de acudir, para pronunciar la caducidad, al hecho simple de haber transcurrido los ciento veinte días hábiles tomados al pie de la letra, sin que se hubiera producido la entrega de todos los trabajos, dejando de lado si tales trabajos se desarrollaran, o no, a satisfacción del Interventor. Más aún: cuando los contratistas pidieron la reposición de la primera providencia, esto es, cuando todavía no se hallaba en firme, entregaron el resto de los estudios y estos fueron objeto de un informe detallado por parte del señor ingeniero hidráulico al servicio del Ministerio, doctor Hernando Neira

Combariza, quien lo rindió con fecha del 14 de octubre de 1953, todavía antes de que se profiriera la resolución confirmatoria de la de caducidad y en ella se pasó por alto lo sustancial del informe, sin darles oportunidad a los contratistas de completar las copias y planos que hacían falta y anotó el interventor..

Ilustran el punto de doctrina sobre caducidad administrativa las siguientes citas de la Jurisprudencia y del autor ya nombrado.

La Corte en la sentencia del 9 de diciembre de 1936, sentó el principio de que "la caducidad es la declaratoria que una de las partes hace, en virtud de estipulación, de que el contrato se termina. Administrativamente, es una facultad indelegable del Gobierno, que la hace valer como parte contratante y como entidad de derecho público. Esa declaración cancela el contrato, creando un verdadero estado de derecho. Si la caducidad se mira desde el punto de vista del derecho privado, es algo así como una causa de resolución estipulada expresamente en el contrato; y si desde el punto de vista del derecho administrativo, ella surte los mismos efectos que la declaración judicial de resolución del contrato, pues lo termina. Esto es así, porque en su fisonomía jurídica, la caducidad en los contratos administrativos es equivalente a la condición resolutoria expresa de los civiles comunes: en aquéllos, la caducidad surge de la realización del hecho previsto en el contrato, y en éstos, del cumplimiento de la condición. En ambos, sin embargo, conduce al mismo resultado, que es el de romper el vínculo contractual entre las partes, aunque se diferencian en cuanto a la manera como debe declararse la realización del evento que da lugar a la caducidad o que constituye la condición resolutoria. Jurídicamente, la caducidad que declara la Administración deja terminados los derechos del contratista, tanto los personales como los reales, porque **ipso facto** quedan sin valor los derechos o privilegios que consagre el contrato o la concesión" (G. J. Tomo XLIV, pág. 789).

Y el profesor G. Jeze se expresa así:

"**La caducidad de las concesiones.** La sanción más enérgica de las obligaciones del concesionario, es la CADUCIDAD, que equivale a la rescisión del contrato de concesión por cuenta y riesgo del concesionario, en razón de la falta cometida por este último... ... ...

"Conviene, por lo demás, reservar este término para el caso en que, POR UNA FALTA MUY GRAVE (el subrayado es del original), el concesionario ha incurrido en la rescisión del contrato por su culpa... ... ...

"La caducidad es la ruptura definitiva del contrato. Es una sanción muy grave para el concesionario, y tiene también consecuencias temibles para el concedente. Para el concesionario, la caducidad importa la ruina evidente, en razón de las consecuencias pecuniarias que entraña para él. Para el concedente la caducidad es muy molesta pues conduce a una desorganización momentánea del servicio público; obliga al concedente a tomar la dirección mientras busca un nuevo concesionario. Por esto la administración deberá examinar detenidamente la cuestión antes de recurrir a esa medida. La caducidad es la sanción máxima que solo debe pronunciarse cuando el concesionario, por su falta es verdaderamente incapaz de hacer funcionar regularmente el servicio público. En otros términos: el contrato de concesión debe interpretarse en el sentido de su mantenimiento, y no en el sentido de una rescisión fácil, aun en caso de falta del concesionario".

"El pliego de condiciones estipula también ordinariamente que el concesionario incurrirá en la caducidad, 'si no cumple las diversas obligaciones que le impone el presente pliego de condiciones'. Esta fórmula muy vaga, **deja al juez del contrato amplios poderes de apreciación: si se toma al pie de la letra entrañaría la caducidad por el MENOR incumplimiento,** lo que resulta **manifiestamente irrazonable".** (Ob. PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950, págs. 66 a 69 y 81 a 82 - Tomo VI).

Cabe observar que no obstante referirse de manera muy especial la doctrina de Jeze a los contratos sobre concesión de servicio público, entre nosotros tiene aplicación general por virtud de lo dispuesto en el artículo 254 del citado Código; y para defender la tesis de aquel expositor, acerca de las molestias que padece la Administración cuando pronuncia la caducidad, y que él anota como causa de que se desorganice momentáneamente el servicio público, lo cual no ocurriría en la hipótesis que se contempla, resulta mucho más grave dejar expuesto al Gobierno a un reclamo sobre indemnización de perjuicios, como lo definió la misma sentencia en los apartes que se transcriben de la de fecha 9 de diciembre de 1936. Sostuvo la Corte:

"Lo anterior (es decir la facultad de pronunciar la caducidad) no sería óbice para la procedencia de una acción de perjuicios. En efecto: la sala de casación civil, en fallo de 5 de noviembre de 1935, dijo lo siguiente: 'solamente cuando se trata de contratos cuya ejecución con-

núa siendo jurídicamente posible o que son susptibles de resolución, es cuando el demandano puede pedir, directa y simplemente indemización de perjuicios, sin intentar a la vez, bien cumplimiento forzado de la convención, o bien resolución de ésta. En ambos casos, por conguiente, la acción de resarcimiento del daño ontractual debe ser siempre accesoria, porque obligación de indemnizar perjuicios no proiene del contrato mismo, sino de una inejecución consumada o de un rehusamiento a cumplir a prestación que equivalga a su inejecución".

Que en el caso de autos la caducidad declarada hace imposible la ejecución continuada del contrato, no es dudoso. Pero el mismo fallo del 9 de diciembre de 1936 aprecia la posibilidad de que la Administración no estudie jurídica y racionalmente las pruebas que sirvan de base a aquel pronunciamiento, o de las aducidas por el contratista para impetrar la revocatoria, casos en los cuales la justicia ordinaria tiene facultad de revisar todo esto y, por tanto, para mantener o para invalidar la resolución administrativa correspondiente. Sólo se exige que el demandante haga uso en la debida oportunidad de las acciones que reconoce el artículo 3º de la Ley 53 de 1909, lo cual, como ya se vio atrás, aquí ocurre.

Durante el juicio se practicó una inspección ocular, en asocio de peritos, nombrados por las partes, cuyo fin notorio fue el de averiguar si los trabajos presentados por los contratistas, en parte antes de la primera resolución sobre caducidad, y el resto después de ella y antes de la segunda, eran trabajos correctos y técnicamente realizados de acuerdo con los fines del contrato. Los resultados de esas pruebas se toman a continuación del cuaderno número 3.

"ACTA DE LA DILIGENCIA DE INSPECCION OCULAR EN EL MINISTERIO DE AGRICULTURA. División de Recursos Naturales — Sección de Aguas.

En Bogotá, a trece de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, siendo la hora señalada para dar principio a la diligencia de inspección ocular decretada por auto de fecha ocho de octubre próximo pasado, se trasladó el suscrito Magistrado ponente al Edificio "Lara" de esta ciudad, donde funcionan las dependencias del Ministerio de Agricultura pertenecientes al Ramo de Recursos Naturales —Sección de Aguas— y allí expresó al señor Jefe de la Oficina doctor Jaime Forero Valdés, cual era el objeto de la presente diligencia. Estuvieron presentes los señores peritos ingenieros doctores Dulcey y Eduardo Jaramillo Ferro. Por parte de la Procuraduría se acreditó como su representante al Dr. Manuel Barreto López, quien exhibió la nota suscrita por el señor Procurador Delegado en lo Civil, quien lo designa como su vocero, de acuerdo con la autorización del artículo 260 del C. Judicial. Se ordenó agregar a los autos la citada nota y tener al doctor Manuel Barreto López como vocero del señor Procurador Delegado en lo Civil para todos los efectos de esta diligencia. A continuación el señor apoderado de la parte demandante manifestó que consideraba suficiente la presencia de los señores peritos, sin que fuera necesario citar testigos actuarios, y así se resolvió. Luego el doctor Forero Valdés, Jefe de la Oficina, puso a disposición del personal de la diligencia varios legajos que se relacionan a continuación: PROYECTO DE 20 REPRESAS EN LA GUAJIRA. Así: Zona número 1) Represa de Patsua, que consta de 31 hojas escritas en máquina; Zona número 2) Represa del Chepo, que contiene 54 hojas y un croquis; Zona número 3) Represa de Partaimulu, que contiene 28 hojas y un croquis; Zona número 4) Represa de Sipanao, que contiene 31 hojas y un croquis; Zona número 5) Represa de Nazaret, que contiene 32 hojas y un croquis; Zona número 6), Represa de Guarijary (Taguayra) que contiene 32 hojas; Zona número 7) Represa de Yoroboqui, contiene 32 hojas; Zona número 8) Represa de Santa Cruz; contiene 33 hojas y un croquis; Zona número 9) Represa de Jayarima, que contiene 31 hojas; Zona número 10), Represa de Ayatcher (Mahuasira), que contiene 24 hojas; Zona número 11) Represa de Yirapua que contiene 24 hojas; Zona número 12) Represa de Aipir (Cabo de la Vela), que contiene 36 hojas y un croquis; Zona número 13) Represa del Casiche, que conetne 34 hojas; Zona número 14) Represa de Ipanarú, que contiene 38 hojas y un croquis; Zona número 15) Represa de Cutanamana, que contiene 41 hojas y un croquis; Zona número 16) Represa del Yuna, que contiene 72 hojas; Zona número 17) Represa Ipaure, que contiene 37 hojas y un croquis; Zona número 18) Represa de la Majayura (Rancho Grande), que contiene 56 hojas y un croquis; Zona número 19) Represa de Chucarí, que contiene 34 hojas; y Zona número 20) Represa de Moina, que contiene 30 hojas. Cada una de las anteriores memorias, tiene un índice que relaciona los diferentes detalles técnicos y sus respectivos anexos (Planos, planchas, fotografías aéreas, Carteras de levantamiento), todo lo cual se tuvo a la vista. En este estado el doctor Alfonso Guzmán Vanegas observó que dentro del material que ha sido objeto de la inspección hace falta un informe enviado al Ministerio

vez terminados los trabajos de aerofotogrametría, relacionado con las posibilidades de embalses que presentan cada una de las zonas estudiadas. El Jefe de la Oficina Dr. Forero Valdés, hace constar que no recuerda con exactitud si ese informe ha sido recibido por el Ministerio, pero que si existe le pondrá a disposición de los señores peritos junto con todo el material estudiado. El señor apoderado de los demandantes, Dr. Vargas Rubiano, manifiesta que desiste de la inspección ocular sobre los archivos de la oficina de sus mandantes, por considerarla innecesaria; y el Vocero de la Procuraduría coadyuva esta petición. Los señores peritos pidieron que se les señalara un término de diez (10) días hábiles para rendir su dictamen, el cual les fue concedido. Y con esto se da por terminada la diligencia, que suscriben quienes en ella intervinieron. El Magistrado sustanciador (Fdo.) LUIS ENRIQUE CUERVO. El apoderado de los demandantes, (Fdo.) Gonzalo Vargas Rubiano. El Vocero de la Procuraduría Delegada en lo Civil, (Fdo.) Manuel Barreto López. Los peritos (Fdos.) JOSE DULCEY, y EDUARDO JARAMILLO FERRO. El director de la División de Recursos Naturales, sección de Control y Aprovechamiento de Aguas del Ministerio de Agricultura (Fdo.) JAIME FORERO VALDES. El abogado del Ministerio (Fdo.) LUIS MONTOYA LARGACHA".

A los peritos se les formularon las siguientes preguntas:

"a) Si con motivo de los trabajos que debían realizar los contratistas, Dres. Guzmán Vanegas, Laverde Esguerra y Muñoz Faux de acuerdo con las actas números uno (1), dos (2), y cuatro (4) —acompañadas a la demanda— se ampliaron en realidad los trabajos aerofotogramétricos inicialmente previstos en mil doscientos kilómetros cuadrados (1.200 Km2.) a una extensión superior a los dos mil kilómetros cuadrados (2.000 Km2.); b) Si, de acuerdo con la técnica, la ampliación de que trata el punto anterior fue hecha con el objeto de poder estudiar plenamente las hoyas hidrográficas correspondientes a cada una de las veinte (20) zonas. Y si en varias de las zonas solamente se pudieron encontrar sitios propicios para proyectar embalses económicos y adecuados en afluentes de las fuentes que el Ministerio de Agricultura había indicado para estudiar sitios que no se habrían podido estudiar si no se hubieran ampliado las correspondientes zonas de levantamiento aerofotogramétrico y de exploración; c) Los peritos deben dictaminar sobre la diferencia técnica existente entre aerofotografía y aerofotogrametría, sobre si aquélla es tan sólo una parte de ésta, y sobre si los trabajos realizados por mis mandantes en la Guajira no fueron solamente aerofotográficos sino también aerofotogramétricos; d) Si, de acuerdo con lo pedido en el litoral a), mis mandantes realizaron trabajos adicionales de aerofotogrametría y exploración los peritos deben avaluar el costo de dichos trabajos adicionales, teniendo como bases el precio unitario promedio del contrato y la propuesta presentada por los contratistas de acuerdo con el pliego de cargos y su alternativa, que sirvieron de pauta para la adjudicación del contrato; g) Los peritos dirán, si en armonía con las reglas de la disciplina en que son expertos, los diseños de las represas proyectadas por mis mandantes, y en general todos los trabajos por ellos ejecutados, están técnicamente realizados para los fines del contrato, y h) Finalmente, los peritos se servirán dictaminar si las condiciones meteorológicas imperantes en la Guajira son favorables para la ejecución de labores de aerofotografía en los meses de diciembre, enero y febrero, y si son menos favorables o desfavorables en el resto del año, en términos generales".

Y ellos contestaron así:

"Contestación a la pregunta a): Es evidente que de acuerdo con el contenido de las Actas Nos. 1, 2 y 4 que figuran en el expediente fueron ampliadas las zonas de los 20 proyectos de represas de 1.200 K2. a 2.064 K2. Nos basamos para hacer esta declaración en el estudio de las actas arriba citadas, en el concepto del Ingeniero Luis Enrique Lucio C., quien como Ingeniero Jefe de la Sección Técnica de Aguas dio su opinión sobre este punto con base en los planos presentados por los Contratistas, concepto que sirvió para la liquidación que figura en la Resolución sin número del 14 de noviembre de 1953, y en nuestra confrontación de las áreas que tiene cada uno de los proyectos, la cual arroja la misma área aceptada por el doctor Lucio o sea la de 2.064 K2. **Contestación a la pregunta b):** Del estudio de los planos y proyectos hechos por nosotros y de la comparación cuidadosa de las zonas especificadas en las actas 1, 2 y 4 con las que habían contemplado el contrato original deducimos que sí fue necesaria y conveniente la ampliación del área estudiada. En la mayoría de los casos las hoyas hidrográficas aprovechables están situadas en las áreas cuyo levantamiento fue autorizado por las actas. Somos de opinión de que a este respecto debe darse crédito al criterio del interventor que autorizó las actas puesto que él residía en la Guajira, conocía de cerca el problema, visitó los lugares de trabajo y exploró

os arroyos donde proyectaban los embalses. En el estudio hecho por nosotros sobre los planos no encontramos áreas del levantamiento que se puedan considerar como innecesarias, ya que para el proyecto de un embalse es requisito conocer en su totalidad la hoya hidrográfica tributaria. **Contestación a la pregunta c):** La aerofotografía consiste en la ciencia de hacer medidas y levantamientos de tierra por medio de fotografías aéreas, las cuales son estudiadas, y restituídas, por métodos y con aparatos especiales. La aerofotografía es en realidad una parte de la aerofotogrametría.

"Los planos presentados por los Contratistas Guzmán Laverde & Muñoz son planos aerofotogramétricos. **Contestación a la pregunta d):** El Instituto Agustín Codazzi cobra como tarifa usual la de $ 100.00 por K2. de planos aerofotogramétricos. Los Contratistas Guzmán Laverde & Muñoz, tanto en su propuesta antes de firmar el contrato como en comunicaciones posteriores cobran el área adicional a razón de $ 30.00 por K2. Nosotros consideramos como un precio equitativo para levantamientos de esta índole el de $ 60.00 por K2. **Contestación a la pregunta g):** En nuestro concepto los trabajos de estudio y diseño ejecutados por los contratistas están técnicamente realizados para los fines del contrato y no era posible exigir más dentro de las limitaciones de plazo y presupuesto impuestas por el mismo contrato. **Contestación a la pregunta h):** En cualquier región del país es más conveniente y fácil hacer trabajos aerofotográficos en la época en que el cielo está despejado que en la estación lluviosa. En la Guajira las épocas de lluvia son en los meses de abril, mayo, agosto, septiembre, octubre y noviembre".

Así, pues, con la inspección ocular y con el dictamen conjunto debidamente fundamentado y no objetado de los peritos, se vino a completar la prueba que ya establecían el informe del ingeniero oficial de hidráulica, don Hernando Neira Combariza, a saber: que los demandantes contratistas sí cumplieron con entregar todos los estudios y proyectos en que consistía el trabajo a que se habían obligado, y que los mismos responden a las exigencias técnicas impuestas por el objeto y fines a que se destinaban.

Mas como tampoco es discutible que el plazo de los 120 días originalmente estipulado venció sin que dentro de él se hubiera efectuado esa entrega, porque dicho término corría desde el 27 de febrero de 1952, y hasta el 30 de septiembre de 1953 no se efectuó la entrega de los últimos diez proyectos, se plantea un doble problema: a) si esto haya de considerarse como un incumplimiento total, o como puro retardo; b) si en este segundo supuesto, el retardo no sea sino incumplimiento parcial. Y en ambas hipótesis, si la caducidad haya de pronunciarse por el simple retardo, o incumplimiento parcial, habiéndose sancionado ya con multas sucesivas de $ 1.000.00; y atendiendo a que los contratistas pagaron las multas y entregaron los trabajos.

Como la entrega de los trabajos en condiciones técnicas aceptables es lo único que puede librar a los contratistas del cargo de incumplimiento total, conviene recordar aquí cómo la resolución sin número de fecha 14 de noviembre de 1953 (la que sostuvo la caducidad), consideró que los proyectos sí estaban entregados: los diez primeros a satisfacción del Ministerio, y los otros diez inoportunamente y sin la aprobación de éste. Pero tampoco se debe olvidar que el único documento en que se hubieran formulado reparos consiste en el informe presentado por el señor ingeniero hidráulico Neira Combariza, el 14 de octubre de 1953 y que trajo a los autos el señor Procurador Delegado en lo Civil, al tiempo de contestar la demanda (folios 85 a 91 del presente cuaderno).

En las conclusiones del referido informe se hizo constar que la aprobación de los diez últimos proyectos quedaba condicionada a la presentación y entrega por los contratistas de otras copias y planos que se consideraban necesarios, pero reconociendo al mismo tiempo que "por lo demás los proyectos están perfectamente diseñados y ajustados a los estudios hidráulicos correspondientes". Mas a pesar del informe y cuando era de esperarse que, no estando en firme todavía la resolución de caducidad, se les hubiera dado oportunidad a los contratistas para satisfacer las exigencias anotadas por el ingeniero hidráulico oficial, el Ministerio se limitó a consignar en la motivación de su segunda y última providencia, aquí acusada, lo que se copia de nuevo y reza:

"g) No habiéndose entregado a la fecha de la resolución de caducidad los diez últimos proyectos de embalse, ni habiendo sido estos proyectos recibidos con posterioridad a satisfacción del Ministerio (anótese que no se explica el motivo) no es admisible la alegación de los contratistas sobre valoración de trabajos que no entregaron oportunamente y que en los términos del contrato constituye causal de caducidad administrativa". Y más adelante agrega:

"Siendo así que las estipulaciones contractuales fueron claras en cuanto a la obligación de los contratistas de entregar en término preciso los veinte (20) proyectos completos para el diseño de los proyectos de suministro de aguas por un precio fijo, pagable en forma de abonos sucesivos E INCUMPLIDA PARCIALMENTE LA OBLIGACION DE LOS CONTRATISTAS (subraya la Sala), es de rigor la aplicación de la cláusula séptima del contrato sobre caducidad del mismo, según la aplicación que se hizo en la resolución reclamada".

Como se ve, el mismo Ministerio estimó en la providencia de 14 de noviembre de 1953, que los contratistas habían dejado de cumplir con su obligación parcialmente. Por qué? Hasta ahora no se descubre otro motivo explicativo que el retardo en la entrega de los trabajos. Pero el Ministerio se abstuvo de tomar en cuenta —debiendo hacerlo— los informes de su propio interventor destacado en la Guajira para colaborar con los ingenieros contratistas en la ejecución del contrato y para vigilar la marcha de los trabajos. Esto era en cierto modo una obligación del Gobierno, de cuyo cumplimiento no podía excusarse, pues la cláusula segunda, ordinal e), estipuló que los ingenieros firmantes del contrato mantendrían dos de ellos como jefes de las comisiones de estudio "y los que hayan de entenderse en la Península con el Ingeniero Interventor que el Ministerio de Agricultura tendrá residente en Uribia para efectos fiscales y técnicos en relación con los contratos". También se estipuló que mediante el ordinal "b" de la cláusula cuarta entre las obligaciones del Gobierno, que éste debería "suministrarles por una sola vez un práctico para la identificación de las fuentes, base de los estudios".

Si el Ministerio exigió a los contratistas que mantuvieran dos de sus ingenieros como jefes de las respectivas comisiones de estudio, obligados a entenderse con el Ingeniero Interventor, para "efectos fiscales y técnicos", y si tomó a su cargo el suministro de un práctico que los asesorara para la identificación de las fuentes; quiere decir que se estableció una doble actividad cooperadora y fiscalizadora del trabajo de los contratistas en el campo. De aquí se deduce que el conducto regular para saber si los contratistas avanzaban normalmente en la ejecución de sus obligaciones en el territorio de la Guajira, fuera el Interventor del Ministerio. Conclusión que se refuerza con la cláusula misma sobre declaración de caducidad, porque dice: "El presente contrato queda sujeto a caducidad administrativa por las causales que determina el artículo 254 de la Ley 167 de 1941, y además por los siguientes motivos:

"a) Si el avance de los trabajos no fuere satisfactorio, según informe del Interventor.

"b) Por cualquier otro motivo que pueda considerarse como incumplimiento por parte de los Contratistas (cláusula 7ª)".

Aquí es oportuno preguntarse si el Interventor informó alguna vez que el desarrollo o avance de los trabajos no fuera satisfactorio. Arriba en el capítulo de los resultados de este fallo se incluyeron los datos relativos a la preparación del trabajo entre los ingenieros que estaban en la Península, de conformidad con lo estipulado, y el Interventor del Ministerio señor Jaime Ospina Vargas, de los cuales se infiere que se estaba trabajando regular y armónicamente. Que el 27 de septiembre de 1952, al suscribir en Uribia el **acta número 4**, hicieron constar de común acuerdo que fue necesario introducir al programa de trabajo algunas "aclaraciones y modificaciones" respecto de los puntos acordados primitivamente en el mismo contrato y en las actas número 1 y 2. "Las modificaciones que se contemplan en la presente acta (sigue la número 4) se acordaron por conveniencia técnica, una vez efectuadas las exploraciones aéreas por estos estudios". A lo nuevamente transcrito, tomado de aquella acta, conviene añadir esto otro que se copia por segunda vez, tomándolo del informe o memorandum que, con fecha 27 de mayo de 1953, rindió al señor Director de la División de Recursos Naturales del Ministerio, el señor ingeniero Interventor don José María Sarmiento:

"Para justificar el pago (a los Contratistas) de este contado (el 4º estipulado en la cláusula cuarta del contrato por valor de $ 15.000.00 el cual debía hacerse contra entrega y aprobación por el Ministerio de Agricultura de todos los trabajos de la primera etapa, incluyendo entrega de planos y estudio de posibles sitios de embalse), los Contratistas entregaron una memoria explicativa con el estudio de los posibles sitios de embalse, CON LAS MODIFICACIONES CONVENIDAS POR MEDIO DE ACTAS, con el Interventor doctor Jaime Ospina Vargas. Revisados estos estudios y los planos generales de las zonas fotografiadas, se encuentran ACEPTABLES PARA APROBACION. Las Zonas fueron reconocidas sobre terreno (sic), en parte por el doctor Ospina y 14 por el suscrito en compañía del Director de la División de Recursos Naturales. Las

ografías y los planos fueron puestos de presen- a la Interventoría, etc". Más adelante se tra- lo relativo a los estudios adicionales y se en- entra que, no sólo no se negaron a efectuarlos, a asegurar antes el valor de su trabajo median- el contrato respectivo, sino que se prestaron ello con buena voluntad, según se comprueba yendo lo que sigue del mismo informe:

"De acuerdo con lo dispuesto en la cláusula gunda del contrato, se prevé el caso de estu- os adicionales en zonas previamente acordadas n la Interventoría. El ingeniero interventor a la Guajira, doctor Jaime Ospina, por medio e actas que obran en mi archivo, dispuso el le- antamiento aerofotográfico de zonas correspon- ientes a algunos arroyos no contemplados en el lan original, pero que presentan magníficas so- uciones para proyectos de represas; igualmente a ampliación aerofotográfica de zonas que no al- anzaban a quedar dentro de la fotografía calcu- ada y era necesario para completar las hoyas hi- rográficas. DE ESTOS TRABAJOS SE INFOR- MO OPORTUNAMENTE AL SEÑOR MINISTRO Y EL MANIFESTO SU CONFORMIDAD (su- braya la Sala).

"No se ha llenado el requisito dispuesto en la misma cláusula contractual que dice: "Las especificaciones y pagos de estos estudios serán materia de un contrato adicional según acuerdo entre las partes".

"El área para estudios fotogramétricos, con sus planos restituídos, incluída en el contrato es de 1.200 kilómetros cuadrados y el área realmente estudiada con autorización posterior, es de 2.064 kilómetros cuadrados. Queda una deuda adicional pendiente por el exceso de 864 kilómetros cuadrados, cuyo valor no se ha estipulado. (Fdo.) José María Sarmiento O. Ingeniero Interventor Nacional". (Hay un sello del Ministerio de Agricultura).

Con estos antecedentes la Sala concluye que, de parte de quien podía y debía anotarlo, no hubo reparo contra el avance satisfactorio del trabajo de los contratistas. Y si es innegable que éstos retardaron algo la entrega de los estudios, también es cierto que dieron explicaciones razonables, que hacen inoficioso abrir investigación acerca de si hubo fuerza mayor o caso fortuito para justificar el retardo. En cambio, no es dudoso que intervino, aquel elemento llamado por los expositores "el hecho de la Administración", como causal exculpativa de la demora porque cuando hubiera podido hallarse motivo de aplazamiento del pago del cuarto contado por $ 15.000.00 correspondiente a una etapa muy avanzada de los estudios, no sólo no se objetó lo hecho, sino que se aprobó por el Interventor lo realizado y se autorizó el pago, sin que así se efectuara, y porque el área primitivamente contratada fue ampliada notablemente por exigencia del mismo interventor, quien anotó que se quedaba debiendo a los Contratistas lo correspondiente a más de 800 kilómetros cuadrados.

Fuera de esto no hay que olvidar que, cuando todavía no estaba en firme la resolución de caducidad, los contratistas presentaron el resto de los trabajos los cuales pasaron al estudio del ingeniero interventor hidráulico, quien les dio el pase aunque observando que faltaban algunas copias y planos; pero el Ministerio, no dio a los contratistas la oportunidad de atender a los reparos formulados por el técnico, antes de confirmar la caducidad.

Esto bastaría para concluír que, moral y jurídicamente, el Ministerio mantuvo su punto de vista, consignado en la providencia del 24 de septiembre de 1953, sin oír ni vencer a los contratistas sancionados en forma tan severa sin suficiente motivo.

Pero hay otro aspecto que debe analizarse: las dos estipulaciones adicionales para pronunciar la caducidad administrativa del contrato, fueron acordadas en el sentido de atenerse, por la primera, al informe del Interventor sobre avance no satisfactorio de los trabajos, y por la segunda a "cualquier otro motivo que pudiera considerarse como incumplimiento". Atrás ya se descartó la primera de estas dos causales, pues se vio que el Interventor lejos de quejarse del avance de los trabajos, casi llegó a elogiarlos. Y en cuanto a la segunda, debe decidirse si el retardo ya sancionado por las multas, constituyera incumplimiento parcial suficiente también para pronunciar la caducidad. Como la cláusula no distingue entre incumplimiento parcial e incumplimiento total, tampoco podría la Sala descartar la posibilidad legal de decretar aquella medida por causa del incumplimiento parcial. Y en este sentido se pronunció el Ministerio, pues en vista de que se habían recibido los primeros diez proyectos de manera satisfactoria, sólo se sostuvo el incumplimiento parcial. Pero aún así, no se encuentra en las resoluciones sobre caducidad motivo o razón distintos del aspecto puramente cronológico: que los Contratistas han debido atenerse al plazo de 120 días contados a partir del recibo de la primera cantidad anticipada de $ 37.000.00, pago que se hizo el 27 de febrero de 1952; y como no hicieron la entrega de los trabajos el 31 de julio

a más tardar, ya dejaron de cumplir con el contrato; pero la resolución no toma en cuenta el hecho al menos de que el estudio preparatorio sobre el terreno, que debía ejecutarse con la cooperación del interventor del Ministerio, no vino a quedar concluído antes del 27 de septiembre de 1952, sin que ello hubiera sido materia de queja o reparo del mismo Interventor. Y además ocurrieron los otros hechos que se dejaron analizados y que explican satisfactoriamente el que los estudios no hubieran podido presentarse en el plazo indicado.

Si se entendiere por incumplimiento parcial —en la intención del Ministerio— la falta de entrega de todos los proyectos en la fecha de su primera resolución, es decir, en 24 de septiembre de 1953, con el agravante de que habían perdido el derecho de presentarlos, se le daría a la mentada resolución una firmeza anticipada, inadmisible a todas luces, porque contra ella cabían recursos legales que daban a los interesados facultad para defenderse con la entrega de los mismos, evitando así las consecuencias de la sanción, precisamente estipulada con el fin de asegurar la eficacia del contrato y no para frustrarlo. Ahora bien: como los proyectos que faltaban sí fueron entregados antes de que se pronunciara la segunda resolución, de la cual dependía su ejecutoria administrativa, y el Ministerio, en lugar de atenerse al informe de su interventor que señalaba algunos reparos fáciles de contestar por los contratistas, se abstuvo de oírlos en este particular para confirmar su primera providencia, síguese que hubo verdadero exceso de poder al usar de la facultad para pronunciar la caducidad.

De otro lado también es cierto que, si hubo demora o retardo, los contratistas lo pagaron con las multas. Además, para ser lógico el Ministerio ha debido caducar el contrato desde cuando tomó nota del vencimiento del plazo inicial de los 120 días; pero como optó por dictar las resoluciones de 13 de noviembre de 1952, de 30 de enero y de 10 de septiembre de 1953, debe reconocerse que sólo hubo causa para sancionar como incumplimiento parcial, el retardo, aplicando al caso la cláusula octava en vez de la cláusula séptima. Luego ya no sería procedente volver a sancionar con la caducidad el mismo retardo, máxime cuando los contratistas entregaron la totalidad de sus trabajos en fecha anterior a la segunda resolución sin conseguir que se oyeran sus razones ni las del ingeniero interventor que sólo pedía unos planos y copias que faltaban; elementos que, por lo demás, se hallaron en poder del Ministerio al practicar la inspección ocular dentro del juicio, y que sirvieron a peritos para dictaminar muy favorablemente bre el resultado y calidad de los trabajos, a gando que era imposible exigirles más a contratistas.

Ya se vio que al redactar la cláusula sépt del contrato se usó la fórmula que autorizab decretar la caducidad administrativa "b) cualquier otro motivo que pueda considera como incumplimiento por parte de los contra tas". Es decir, se trata precisamente de aque que comentaba el expositor Jeze diciendo: pliego de condiciones (de **especificaciones o cargos** en Colombia) estipula también ordinar mente que el concesionario incurrirá en la ducidad 'si no cumple las diversas obligacion que le impone el presente pliego de condicione Esta fórmula muy vaga, deja al juez del contr to amplios poderes de apreciación: si se toma pie de la letra entrañaría la caducidad por **menor incumplimiento,** lo que resulta manifie tamente irrazonable". (Ob. cit. tomo VI, págs. 8 a 82).

Por tanto la Corte, como Juez del contrat usando de los poderes que le confiere la mism manera como se estipuló aquella causal, par apreciar la cuestión de hecho, empieza por ad vertir que la dicha cláusula contiene dos parte perfectamente armonizables que permiten llega a una solución adecuada, a saber: en la prime ra, distinguida con la letra "a)" se expresó que el Ministerio estaba facultado para pronuncia la caducidad, "si el avance de los trabajos n fuere satisfactorio según informe del Interventor"; la segunda, marcada con la letra "b)" añadió que también se podría decretar la caducidad "por cualquier otro motivo". Según esto, siendo adverso a la buena marcha de los trabajos el informe del interventor, la caducidad podía pronunciarse; no siéndolo, habría que decretarla por "otro motivo". Ahora bien: el factor tiempo era inseparable del avance satisfactorio de los trabajos y él se dejó al juicio del interventor; luego el Ministerio no podía prescindir de su informe para decretar la caducidad por tal concepto. Mas como el interventor no se quejó de que el dicho avance no fuera satisfactorio, el factor tiempo queda descartado de los motivos de la caducidad y el Ministerio ha debido buscar otro distinto, para ceñirse a los que autorizaba el contrato. No lo hizo así, sino que se atuvo precisamente al argumento fundado en el simple transcurso del tiempo contado desde Bogotá, o sea al mero vencimiento del plazo original sin que se comprobara que en todo él no hubiera sido satisfactorio el

nce de los trabajos. Luego la interpretación hónica de las dos partes de la cláusula 7ª re- vas a causales de caducidad distintas de las das por el artículo 254 de la Ley 167 de 1941, iga a concluír que, por no ser desfavorables ra los contratistas los informes de los interven- es (o técnicos que apreciaron el asunto sobre terreno), no se puede hacer a aquéllos el car- de que no hubiera sido satisfactorio el avan- de los trabajos, y con lo mismo se prueba que hubo retardo culpable, porque son incompa- bles el avance satisfactorio de los trabajos, que lo se puede realizar en el espacio a través del mpo, y el incumplimiento parcial del contrato r puras causas cronológicas. Y si algún retar- existió, independiente de los informes de los terventores, quedó sancionado con las multas. e ahí que sea inadmisible invocar la misma usa —incumplimiento parcial por retardo—, ara aplicar la sanción más grave de la caduci- ad. Sin que se hubiera demostrado otro cargo álido a los contratistas.

La Sala no halla objeción al sistema usado de stipular conjuntamente multas y motivos de aducidad; ésta es práctica corriente en el dere- ho administrativo colombiano y en el francés. ero sí existe una diferencia en sus efectos re- resivos o penales: al paso que las multas sir- en para constreñir el concesionario o contratis- a al cumplimiento de sus obligaciones, o para ancionar faltas leves en su ejecución, la cadu- cidad se reserva para cuando se demuestre, o una infración claramente estipulada (como la del avance no satisfactorio de los trabajos a juicio del interventor), o un incumplimiento que con- sista en notorio abandono o en renuencia mali- ciosa del contratista, respecto de sus obligaciones fundamentales. Desde luego ninguna de estas dos últimas hipótesis se confronta en el presente pleito.

Importa no pasar en silencio el argumento formulado por los contratistas en el sentido de que habiéndose firmado el contrato el 11 de oc- tubre de 1951, no hubiera venido a quedar per- feccionado, mediante la declaración del Consejo de Estado, sino hasta el 5 de febrero de 1952; de donde aquellos deducen responsabilidad contra el Gobierno, para así defenderse de la imputación que se les hizo sobre incumplimiento. Esta cir- cunstancia carece de significación porque, con- forme al artículo 245 de la Ley 167 de 1941, el Gobierno dispone de 30 días a partir de la fe- cha en que apruebe un contrato, para someterlo a la revisión del Consejo. Ahora bien; repasando la tramitación oficial, consta que el señor Presi- dente de la República lo aprobó el 24 de enero de 1952, previo concepto favorable del Consejo de Ministros dado el 18 de los mismos mes y año, y ya para el 5 de febrero siguiente aparece la providencia del Consejo de Estado que lo de- clara conforme a la ley. Es decir, que en esta parte la actitud del Gobierno fue irreprochable. Además, como lo anota el señor apoderado de los demandantes, "situados en el terreno, aun antes de la legalización del contrato —lo cual acredita el celo por su estricto cumplimiento—, los contratistas y el interventor del Ministerio se dieron a la tarea previa esencial de señalar y definir las zonas para estudio.. Y así firmaron las cinco actas que aparecen a folios 22 a 28 del cuaderno número 1º. El acta número 1 está fe- chada el 12 de diciembre de 1951, fecha —como se dijo arriba— anterior a la legalización del contrato. El acta número 2 la firmaron el 23 de febrero de 1952. El acta número 3 el 26 de ma- yo de 1952. El acta número 4 —que es de esen- cial importancia una vez que por ella se introdu- jeron modificaciones sustanciales a las zonas números 5, 6, 7, 8, 13 y 19 tal como éstas habían sido localizadas en las dos primeras actas, y mo- dificaciones que se acordaron por conveniencia técnica, después de efectuadas las exploracio- nes aéreas para estos estudios—, lleva fecha 27 de septiembre de 1952. Y el acta número 3, en la cual el interventor declara que los contratis- tas han terminado trabajos de exploración, fija- ción y medición de bases para los levantamien- tos aerofotográficos de que trata el contrato, fue firmada el 5 de diciembre de 1952. De manera que sobre el terreno solo pudo ser realizada por ambas partes la labor que a ellas conjuntamente correspondía, como lo reza el acta número 1, de que el Gobierno señalara las zonas sobre las cuales debían versar los estudios de los contra- tistas, el día 5 de diciembre de 1952 (acta nú- mero 5...)".

Es decir, que en el cumplimiento de la obliga- ción a cargo del Gobierno de someter oportuna- mente al Consejo de Estado el contrato, no hay nada que reprochar.

En cambio al interpretar las resoluciones so- bre caducidad, la cláusula del plazo, es notorio que no dieron importancia a aquellos elementos consistentes en la labor previa de preparación en que intervenía con los contratistas un inge- niero delegado del Ministerio y que a ese inge- niero le correspondía conceptuar directamente sobre si los contratistas estaban o no cumplien-

do con lo de su cargo. Esto significa que la resolución sobre caducidad no es suficientemente motivada puesto que el Ministerio tuvo como único fundamento a qué atenerse la expiración puramente cronológica de los cientos veinte días de plazo, pero sin cerciorarse previamente por conducto de su interventor, de si los contratistas habían descuidado realmente la ejecución de sus obligaciones.

Ya se vio que al redactar la cláusula 7ª del contrato, se incurrió en el defecto censurado por Gastón Jéze: por cuanto usó de una fórmula demasiado vaga que entrañaría la caducidad por el menor incumplimiento, lo que resulta manifiestamente irrazonable; y como esta cláusula, por su misma vaguedad, le deja al juez amplios poderes de apreciación para no tomarla al pie de la letra, la Corte en mérito de lo alegado y probado deduce: 1º que la imposición de las multas supone faltas leves suficientemente sancionadas y, 2º que no obstante haber entregado los contratistas todos los trabajos, antes de que quedara en firme la resolución de caducidad, ésta prescindió de darles traslado de los reparos formulados por el ingeniero empeñándose en mantener la sanción máxima con el mismo motivo con que había pronunciado la resolución de las multas. Todo lo cual indica que está llamada a prosperar la primera súplica de la demanda sobre declaración de nulidad de las resoluciones que caducaron el contrato. Queda por fijar el criterio con que deba decretarse la indemnización.

Pidieron los demandantes que se les reconociera por el Estado el valor de los trabajos adicionales que alegan haberse realizado, y que no quedan comprendidos en la remuneración total convenida por $ 142.000.00. En este particular la Sala observa que el derecho al pago de los trabajos adicionales no puede ser materia de este fallo porque, como se deduce de las mismas alegaciones del señor apoderado ya no se estaría decidiendo sobre "controversia proveniente del contrato celebrado por la Nación", sino de controversia relativa a otras fuentes de obligaciones, en todo caso extracontractuales. Dichas controversias no pueden ventilarse en este fuero especial de la única instancia, prevista en el artículo 40 del código judicial, pues las atribuciones de la Corte están limitadas en el sentido que expresa ese texto; por tanto queda a salvo el de cho de los contratistas para hacerse pagar el v lor que ellos reclamen, en juicio distinto.

Así, pues, al decretar la indemnización de pe juicios, el daño emergente queda reducido a cantidad que la Nación adeuda por razón d contrato, materia del pleito o sea la diferenc entre $ 142.000.00 y $ 107.000.00, lo que impor $ 35.000.00; y el lucro cesante a los intereses l gales devengados por esa cantidad desde el de septiembre de 1953, fecha de entrega de l últimos trabajos y hasta cuando se efectúe el p go.

SENTENCIA:

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Genera les de la Corte Suprema, administrando justici en nombre de la República de Colombia y po autoridad de la Ley, RESUELVE:

1º Es nula la Resolución número 1147 de 2 de septiembre de 1953 por la cual el Ministeri de Agricultura declara administrativamente l caducidad del contrato celebrado entre la Na ción y los señores Alfonso Guzmán Vanegas Jorge Laverde Esguerra y Manuel J. Muño Faux el 11 de octubre de 1951, relativo a estudios y proyectos para la construcción de veinte (20) represas en la Guajira;

2º Es nula la Resolución sin número, proferida por el mismo Ministerio, el 14 de noviembre de 1953, por la cual confirmó la anterior;

3º La Nación está obligada a pagar en conjunto a los señores Alfonso Guzmán Vanegas, Jorge Laverde Esguerra y Manuel J. Muñoz Faux, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia la cantidad de TREINTA Y CINCO MIL PESOS ($ 35.000.00) moneda corriente, más los intereses legales de dicha suma liquidados a partir del 28 de septiembre de 1953 y hasta cuando el pago se efectúe.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese.

Aníbal Cardoso Gaitán — **Luis Enrique Cuervo A.**—**Camilo Rincón Lara**—**Alejandro Bernate**, Conjuez—**Jorge García Merlano**, Secretario.

CARECE DE ACCION PARA PROVOCAR EL JUICIO BREVE Y SUMARIO CONTRA UN ABOGADO, EL QUERELLANTE QUE NO ACREDITA SU CONDICION DE PARTE.—NO SE REQUIERE SER ABOGADO INCRITO PARA LITIGAR EN ESTA CLASE DE JUICIOS DE LA LEY 69 DE 1945

1.—El abogado a quien se acusa de faltas graves cometidas contra la moral y el decoro de la profesión, plantea ante la Corte la cuestión previa de que no ha debido admitirse a la promotora de la queja, para que litigara en causa propia, sin ser abogado inscrito, de acuerdo con la Ley 69 de 1945.

Para resolver la cuestión se tiene en cuenta que la citada Ley, en su artículo 1º, aparte f) dice que no es necesario ser abogado inscrito para formular denuncios o querellas ante las autoridades. El artículo 8º expresa que los tribunales superiores de distrito, de oficio a virtud de queja de parte interesada impondrán las sanciones que corresponden a faltas leves de los abogados cometidas contra la delicadeza y el decoro profesionales; y el artículo 9º añade que por el mismo procedimiento se investigarán y castigarán las faltas graves cometidas en el ejercicio de la profesión, con las penas allí previstas. El artículo 2º de la Ley 69 se limita a decir que en el desarrollo de la acción penal pueden los procesados, sin necesidad de apoderado, interponer recursos, solicitar la libertad provisional y la condicional, actuar en las diligencias e intervenir directamente en todos los casos que de manera expresa autoriza la ley, sin que por lo mismo se exija la calidad de abogado inscrito. Pero ni este artículo ni el aparte f) del artículo 1º de la misma ley para nada contemplan el caso de un querellante a quien los artículos 8º y 9º de la misma ley llaman parte interesada. De ahí que sea necesario hacer un breve análisis para poner en claro si en esta clase de asuntos puede el querellante, si no es abogado inscrito, litigar por sí mismo, o si, por el contrario, se requiere que constituya apoderado con ese carácter si él mismo no lo tiene.

El fin que se propone la ley 69 de 1945 es el de evitar el ejercicio incorrecto de la profesión, abriéndole la puerta a todo el que sea víctima de actuaciones censurables de un abogado, para hacerlas conocer de los tribunales, con el fin de aplicar las sanciones y el de facilitar todos los medios para evitar que se frustren los fines altamente moralizadores del Estatuto.

Si hubiera de exigirse que para la interposición de la querella, fuera indispensable hacerlo con el carácter de abogado inscrito, o por mediación de uno de ellos, se correría dos peligros de ineficacia de la ley, pues colocando a los profesionales en la situación penosa y aún odiosa de proceder contra sus colegas se restringiría notablemente el origen de estos juicios; y de otro se impediría el libre acceso a la justicia, de la clientela de los abogados, para hacer conocer hechos incorrectos cumplidos en el ejercicio de la profesión. Por estas razones debe concluírse que no se requiere ser abogado inscrito para litigar en juicios sumarios contra los abogados según la Ley 69 de 1945.

2.—Dada la naturaleza SUI GENERIS de los juicios sumarios de la ley 69 de 1945, pues ocupan un lugar intermedio entre lo penal y lo civil, prima aquel aspecto, si el origen es una tramitación ordenada oficiosamente, y el segundo, si proceden de querella privada. Requisito indispensable para configurar la acción en este caso, es demostrar haber sufrido un daño o perjuicio cualquiera, en el patrimonio económico, o en el patrimonio moral, por las actividades del abogado a quien se acusa. Tal perjuicio no se acredita con la simple afirmación de la persona que dice sufrirlo, sino que es menester demostrarlo legalmente, mediante la participación en relaciones jurídicas que puedan dar origen a la querella, y el demandante no ha de limitarse a asumir el papel de la persona a cuyo conocimiento llegan los hechos constitutivos de delitos,

que deben denunciarse por mandato del artículo 12 del código de procedimiento penal. De aquí se desprende que si el querellante no logra acreditar su condición de parte, según el criterio civil, carece de acción para provocar el juicio sumario contra el abogado y el juzgador queda inhibido para pronunciar sentencia, lo mismo que cuando no resulta la legitimación en causa tratándose de procesos civiles. El efecto es el mismo que lleva, en procedimiento penal, a un auto de sobreseimiento, como en las hipótesis previstas por el ordinal 1º del artículo 437 del código de la materia.

3. — El querellante en el juicio breve y sumario acusa al abogado por no haberse declarado impedido para actuar en el tribunal de arbitramento. La Corte se limita a considerar que aquí no se estaría discutiendo sobre hechos o actos de un abogado, en el ejercicio de su profesión, sino de hechos o actos de un ciudadano que llegó a formar parte de un tribunal de arbitramento, por voluntad expresa de quienes lo constituyeron.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A.)

Resultando:

1.—El juicio sumario promovido por la señora Francisca Steckerl, contra el abogado doctor Saúl Charris de la Hoz, a quien acusó de faltas graves cometidas contra la moral y el decoro de la profesión, fue fallado por el Tribunal Superior de Barranquilla con fecha 17 de marzo próximo pasado, en que sobresee a favor del acusado y ordena consultar el sobreseimiento con la Corte.

2.—Antes ya había tenido este mismo negocio la tramitación que culminó con providencia de 22 de mayo de 1954, mediante la cual anuló esta Sala de Negocios Generales todo lo actuado a partir del primer sobreseimiento que dictó el mismo Tribunal con fecha 11 de febrero del mismo año de 1954, nulidad consistente en incompetencia de jurisdicción por haberse fallado el negocio en Sala de Decisión y no en Sala de Acuerdo, o Plena.

3.—Los cargos aducidos contra el abogado consisten: 1º en que intervino en un contrato simulado; y 2º en que no se declaró impedido para actuar en el tribunal de arbitramento que se constituyó en Barranquilla, para dirimir conflicto de intereses entre la querellante y el señor Emilio Loewy, con ocasión de los negocios de la Sociedad denominada "Arrow — Fábrica Colombiana de Productos Elásticos Limitada".

4.—El abogado presentó sus descargos, se oyó al ministerio público, se practicaron las pruebas que estimó conducentes el Tribunal y el sobreseimiento con que terminó la primera instancia, vino a la Corte, en consulta, como ya se ha visto, y también porque la señora querellante interpuso apelación, la cual le fue concedida. Cumplidos los trámites en la Corte y recibido el concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil, del acusado y de su representante, entró el asunto al Despacho para sentencia el 2 de julio último; para dictarla la Sala,

Considera:

El señor abogado, víctima de la queja, plantea como cuestión previa la de que no ha debido admitirse a la señora Francisca Steckerl, para que litigara en causa propia, en este asunto, sin ser abogado inscrito, de acuerdo con la Ley 69 de 1945. Para resolver la cuestión se tiene en cuenta que la citada Ley, en su artículo 1º, aparte f) dice que no es necesario ser abogado inscrito para formular denuncios o querellas ante las autoridades. El artículo 8º expresa que los tribunales superiores de distrito, de oficio o a virtud de quepa de parte interesada impondrán las sanciones que corresponden a faltas leves de los abogados cometidas contra la delicadeza y el decoro profesionales; y el artículo 9º añade que por el mismo procedimiento se investigarán y castigarán las faltas graves cometidas en el ejercicio de la profesión, con las penas allí previstas.

Se pregunta, pues, si la querella a que se refiere la letra f) del artículo 1º de la Ley 69 de 1945 equivale a la **"queja de parte interesada"** de que tratan los artículos 8º y 9º de la misma. Desde luego formular una denuncia o queja no equivale, en puro procedimiento penal, a constituírse en parte dentro del negocio.

A este respecto puede citarse lo que dijo la Corte en sentencia del 28 de abril próximo pasado, a saber:

"Es verdad que de hecho la jurisprudencia tie-

he admitido que el juicio sumario a que se refiere la Ley 69 de 1945 es el procedimiento civil determinado en el Título XLV del Libro 2º del Código de la materia, artículos 1203 y 1204. Y una de las razones que justifican dicha práctica estriba precisamente en la competencia de la Sala de Negocios Generales para tramitar estos asuntos, competencia que señalan las normas comunes y también algunas especiales de la propia Ley 69 de 1945; por ejemplo, la del artículo 17 en donde se consagra indudablemente una acción popular para solicitar ante esta Sala de Negocios Generales la revisión de las actuaciones sobre inscripción de matrículas de abogados con el fin de decretar su cancelación si se hubieren presentado certificados o pruebas falsos e inconducentes que hubieren servido de fundamento para matricular al abogado. El artículo reitera que esas peticiones se tramitarán como **juicio breve y sumario.** Tampoco puede negarse que en la ley quedaron notorias impropiedades, como la del art. 10º que se refiere al **sobreseimiento.** Figura jurídica exclusiva de los procesos penales. Sin embargo, deberá entenderse que la providencia correspondiente a aquélla, sería la decisión del juicio breve y sumario, cuando los tribunales encuentran que no pueden decretar la sanción contra los abogados, acusados de faltas graves o leves, cometidas en el ejercicio de su profesión, por deficiencia de pruebas, efecto lógico del sobreseimiento en materia penal. El otro punto que merece aclararse y que también revela falta de técnica en la Ley 69 de 1945, es el referente al llamado **procedimiento de oficio** con que la Ley faculta a los tribunales para ordenar la sustanciación de los juicios sumarios de que se viene tratando. Por regla general se entiende que hay procedimiento oficioso cuando no se necesita instancia de parte legítima, y es lo corriente en materia penal. Sin embargo, no podría afirmarse que por el solo hecho de existir procedimiento oficioso en algunos casos, el asunto fuera de carácter penal, es decir, regulado por las normas del código especial de la materia (Ley 94 de 1938). Este en su artículo 9º expresa: 'La acción penal es siempre pública. Se iniciará de oficio, a menos que para proceder la ley exija petición o querella de parte'. La Corte en sentencia del 29 de marzo de 1949 (Sala Penal) dijo: 'Una de las condiciones de la acción penal, fuera de ser pública, es la de que en ella no hay disponibilidad, o sea que los funcionarios no pueden dejar de adelantarla si el delito existe siquiera como hipótesis, y el procedimiento es oficioso. (G. J. Tomo LXV, pág. 761).

"Por su parte la Sala de Negocios Generales en sentencia de 22 de febrero de 1949, tratando de interpretar la letra y el alcance del artículo 8º de la Ley 69 de 1945, decidió que no había acción pública o popular sino que se necesitaba queja de parte interesada, o sea de una persona que pudiera acreditar interés jurídico, que es el mismo que se exige para cualquiera acción en las hipótesis previstas por la ley y que aquí no podría consistir sino en el perjuicio o lesión que sufre en sus derechos la persona que se queja de actuaciones incorrectas del abogado. En la misma sentencia se avanzó algún concepto acerca de la naturaleza oficiosa de este procedimiento por parte de los tribunales, y consiste en que ellos actúen tan pronto como tengan conocimiento de la realización de los actos censurables; pero sin que acepten intervención extraña, que sólo sería admisible si hubiera la acción pública. Dijo así la Corte: 'Otra de las formas para proceder a la aplicación de la sanción de que se trata es la del procedimiento de oficio. El carácter esencial de este procedimiento es el de que el juzgador debe actuar, apenas tenga conocimiento de la realización de los actos respectivos sin que pueda aceptar la intervención de nadie, porque esta intervención sólo es posible cuando se ha consagrado la acción pública'. (Auto Sala de Negocios Generales, 22 de febrero de 1949. Tomo LXV, pág. 548). Como se ve, parece que hubiera cierta contradicción entre consagrar, de un lado, el procedimiento oficioso, y del otro, exigir querella de parte para poder atender la acción correspondiente. Sin embargo, la ley estableció esto como una necesidad para proteger la profesión de abogado poniéndola a cubierto de todo desvío en su ejercicio honesto y decoroso, dándole en primer lugar entrada a la querella de parte legítima, y de otro, al procedimiento oficioso de los tribunales que, en tales casos, como ya se explicó, desempeñan funciones propias del consejo de disciplina de la orden de abogados. El artículo 12 de la misma Ley 69 de 1945 consagra un freno muy necesario para evitar imputaciones ligeras contra el honor de los abogados, sometiendo a los autores de denuncios que culminen con sentencia absolutoria, a las responsabilidades por calumnia que, en tal caso, es perseguible de oficio".

Como se ve, la doctrina de la Corte ha venido poniendo de manifiesto la falta de técnica de la

Ley 69 de 1945 sobre todo por haber consagrado un sistema híbrido o mixto, al tomar figuras del derecho público y del derecho privado; del derecho privado, porque consagró el juicio sumario propio de la Ley 105 de 1931, artículo 1203 sobre procedimiento civil; y del derecho público, porque tomó figuras que son propias de la rama penal, como el sobreseimiento; figura típicamente procesal criminal que regulan los artículos 435 a 438 de la Ley 94 de 1938.

Aunque el procedimiento penal regula lo tocante con la parte civil distinguiéndola del simple denunciante, en esta clase de procedimiento sumario no puede hablarse de **denunciante** con el mismo sentido con que lo emplean los artículos 12 y 14 del código de procedimiento penal.

Dice el primero: "Todo habitante del territorio colombiano mayor de 21 años, con las excepciones establecidas en el artículo siguiente, está obligado a denunciar a la autoridad las infracciones penales de que tenga conocimiento, al menos dentro de los treinta días siguientes en que las haya conocido, siempre que sea de aquellas cuya investigación deba iniciarse de oficio. Si la autoridad a quien se diere el denuncio no fuere competente para iniciar la investigación, lo pasará, dentro de las veinticuatro horas siguientes, a la que sea competente para ello". Y el artículo 14 es del siguiente tenor: "El denuncio se hará bajo juramento, verbalmente o por escrito, y contendrá una relación sucinta del suceso, con todos los pormenores que conozca el denunciante. Puede presentarse también por medio de apoderado especial. El denuncio escrito, firmado por el denunciante, deberá presentarse personalmente, y de su presentación se extenderá un acta, que suscribirán el denunciante, el funcionario que reciba el denuncio y su secretario. Del denuncio verbal se extenderá un acta, que suscribirán el denunciante, el funcionario que lo reciba y su secretario".

Es claro que para formular las denuncias a que se refieren los textos citados, no es necesario tener la calidad de abogado inscrito, conforme a la letra f) del artículo 1º de la Ley 69 de 1945.

Dice el artículo 15 del código de procedimiento penal: "Cuando la ley exija para iniciar la acción penal la petición o querella de parte, bastará que ésta presente ante la autoridad competente el respectivo denuncio, con la solicitud de que el delito se investigue y se imponga al responsable la sanción correspondiente". Y añade el artículo 16 que esa petición se presentará en los mismos términos del denuncio criminal y que la autoridad que la reciba deberá cerciorarse de la identidad del querellante; también se admite que esa petición se haga de manera verbal y entonces el acta deben suscribirla tanto el querellante o su apoderado especial, o su representante legal, como el funcionario ante quien se presente y su secretario.

El artículo 2º de la Ley 69 de 1945 se limita a decir que en el desarrollo de la acción penal pueden los procesados, sin necesidad de apoderado, interponer recursos, solicitar la libertad provisional y la condicional, actuar en las diligencias e intervenir directamente en todos los casos que de manera expresa autoriza la ley, sin que por lo mismo se exija la calidad de abogado inscrito. Pero ese precepto para nada contempla el caso de un querellante a quien los artículos 8º y 9º de la misma ley llaman parte interesada. De ahí que sea necesario hacer un breve análisis para poner en claro si en esta clase de asuntos puede el querellante, si no es abogado inscrito, litigar por sí mismo, o si, por el contrario, se requiera que constituya apoderado con ese carácter si él mismo no lo tiene.

El fin que se propone la ley es el de evitar el ejercicio incorrecto de la profesión, abriéndole la puerta a todo el que sea víctima de actuaciones censurables de un abogado, para hacerlas conocer de los tribunales, con el fin de aplicar las sanciones y el de facilitar todos los medios para evitar que se frustren los fines altamente moralizadores del Estatuto.

Si hubiera de exigirse que para la interposición de la querella, fuera indispensable hacerlo con el carácter de abogado inscrito, o por mediación de uno de ellos, se correrían dos peligros de ineficacia de la ley, pues colocando a los profesionales en la situación penosa y aún odiosa de proceder contra sus colegas se restringiría notablemente el origen de estos juicios; y de otro se impediría el libre acceso a la justicia, de la clientela de los abogados, para hacer conocer hechos incorrectos cumplidos en el ejercicio de la profesión. Por estas razones debe concluírse que no se requiere ser abogado inscrito para litigar en juicios sumarios contra los abogados según la Ley 69 de 1945.

Pasando a las otras hipótesis relativas al origen de estos juicios, ya se vio que pueden tener cualquiera de los dos, sin que ellos deban realizarse conjuntamente, a saber:

El procedimiento oficioso, provocado directa-

mente por el tribunal, o la querella de parte interesada. Por cuanto no consta que el Tribunal Superior de Barranquilla hubiera tenido motivo propio e independiente de la queja formulada por la señora Francisca Steckerl, para ordenar la tramitación del presente juicio sumario, se descartan de una vez las consideraciones tocantes con el régimen de la actuación oficiosa. Sólo queda como origen del mismo la citada queja y aquí es donde es necesario cerciorarse que proviene de parte interesada en el sentido definido por la jurisprudencia. Dada la naturaleza **sui generis**, ya explicada, de estos juicios sumarios, pues ocupan un lugar intermedio entre lo penal y lo civil, prima aquel aspecto, si el origen es una tramitación ordenada oficiosamente, y el segundo, si proceden de querella privada. Requisito indispensable para configurar la acción, en este caso, es demostrar haber sufrido un daño o perjuicio cualquiera, en el patrimonio económico, o en el patrimonio moral, por las actividades del abogado a quien se acusa. Tal perjuicio no se acredita con la simple afirmación de la persona que dice sufrirlo, sino que es menester demostrarlo legalmente, mediante la participación en relaciones jurídicas que puedan dar origen a la querella, y el demandante no ha de limitarse a asumir el papel de la persona a cuyo conocimiento llegan los hechos constitutivos de delito, que deben denunciarse por mandato del artículo 12 del código de procedimiento penal. De aquí se desprende que si el querellante no logra acreditar su condición de parte, según el criterio civil, carece de acción para provocar el juicio sumario contra el abogado y el juzgador queda inhibido para pronunciar sentencia, lo mismo que cuando no resulta la legitimación en causa, tratándose de procesos civiles. El efecto es el mismo que lleva, en procedimiento penal, a un auto de sobreseimiento, como en las hipótesis previstas por el ordinal 1º del artículo 437 del código de la materia.

Aplicando los principios expuestos al caso concreto que se examina, la Sala no tiene reparo en cuanto a la validez de la actuación en que intervino la querellante, contra el abogado a quien acusa, sin tener aquélla esta última calidad. Tampoco tiene duda sobre la circunstancia de que la demandante no pudo demostrar su calidad de parte, porque los hechos alegados, según se verá, ni tienen por qué haber afectado su patrimonio, ni son constitutivos de faltas contra la moral profesional.

El Tribunal, en su providencia consultada, acierta al resumir en dos los cargos contra el abogado. Ellos son:

1º—Haber intervenido en un acto o contrato simulado, causal 4ª del artículo 10º de la Ley 21 de 1931, que constituye falta grave sancionada con la cancelación de la matrícula;

2º—No haberse manifestado impedido para actuar como arbitrador de los que integran el tribunal constituído para decidir el pleito de intereses entre la señora Francisca Steckerl y el señor Emilio Loewy, en Barranquilla.

Por lo que hace al primer cargo, se encuentra que el acto tachado de simulación es un mutuo que celebraron el citado señor Loewy y el abogado doctor Charris de la Hoz, mediante documento firmado en Barranquilla el 2 de julio de 1950, por la cantidad prestada de cinco mil pesos que el señor Emilio Loewy prometió devolver a su acreedor Charris de la Hoz, el 16 de los mismos mes y año. Dicho documento se reconoció ante el Notario el 31 de agosto y se llevó luego como recaudo ejecutivo a un juicio instaurado por el acreedor contra el señor Loewy ante el Juzgado 4º Civil del Circuito de Barranquilla, el cual expidió las copias correspondientes (folios 5 a 8 del cuaderno número 2).

Si bien el Tribunal, con bastante fundamento, desechó la prueba de la simulación, la Corte no puede prescindir de examinar otra cuestión fundamental y previa, a saber: si en estos juicios sumarios, previstos por la Ley 69 de 1945, puede ventilarse conjuntamente con la intervención del abogado, lo relativo a los contratos, actos y pruebas, a que se refieren las causales 3ª, 4ª y 5ª del artículo 10º de la Ley 21 de 1931.

En efecto, dice la causal 3ª: "Haber intervenido en cualquier forma en la celebración de actos tendientes a sustraer fraudulentamente los bienes a la persecución de los acreedores de una persona o a menoscabar las legítimas establecidas por la ley": la causal 4ª reza: "Haber intervenido en actos o contratos simulados" y, finalmente, la 5ª expresa: "Haber usado a sabiendas, como pruebas, declaraciones de testigos falsos o perjuros".

Desde luego la intervención del abogado en los hechos allí previstos, es susceptible de prueba dentro de un juicio breve y sumario; no así directamente la celebración de los actos de la causal tercera, ni la de los actos o contratos de la causal cuarta, y mucho menos el uso de pruebas consistentes en declaraciones de testigos falsos o perjuros de la causal quinta. Respecto de todos es indispensable que ya se haya surtido el juicio

correspondiente en que, por sentencia ejecutoriada, se haya resuelto que ocurrió "la celebración de actos tendientes a sustraer fraudulentamente los bienes a la persecución de los acreedores de una persona o menoscabar las legítimas establecidas por la ley", o que los actos o contratos son simulados; porque como es sabido, en ambas hipótesis las acciones correspondientes son propias de juicios ordinarios. En cuanto al uso de pruebas a que se refiere la causal 5ª, no es menos evidente que ellas han debido ser apreciadas en juicio previo concluído por sentencia ejecutoriada que las estima como tales.

Por este aspecto el Tribunal ha debido limitarse a rechazar los cargos vinculados con la tacha de simulación, una vez que ella no procede puesto que no se trajo la prueba pertinente, según lo que acaba de exponerse.

En lo tocante con el cargo hecho al abogado, de no haberse declarado impedido para actuar en el tribunal de arbitramento, la Corte observa que la sentencia consultada tampoco lo encontró probado y para confirmarlo la Sala de la Corte se limita a considerar que aquí no se estaría discutiendo sobre hechos o actos de un abogado, en el ejercicio de su profesión, sino de hechos o actos de un ciudadano que llegó a formar parte de un tribunal de arbitramento, por voluntad expresa de quienes lo constituyeron.

Es decir, que por la misma voluntad de la señora Francisca Steckerl se constituyó el tribunal de arbitramento con la presencia del doctor Saúl Charris de la Hoz, sin objeción de aquélla. De ahí que el artículo 1227 del código judicial establezca que los arbitradores no son recusables, aunque sí quedan sujetos a las responsabilidades de carácter criminal allí mismo previstas y en las demás disposiciones concordantes.

Si los arbitradores no son recusables conforme al artículo citado, tampoco están obligados a declararse impedidos, pues son unas mismas las causales de recusación y las de impedimentos.

Es cierto que el Decreto extraordinario número 864 de 1953 estableció en su artículo 4º que los arbitradores "cuando actúen en cumplimiento de la cláusula compromisoria de que tratan los artículos 1º y 2º de la Ley 2ª de 1938, son recusables por una sola vez como los magistrados y los jueces ordinarios, siempre que el motivo de la recusación sea anterior a la fecha del respectivo tribunal de arbitramento". Dicho Decreto por disposición allí contenida entró a regir desde el 26 de marzo de 1953, pero el tribunal de arbitramento a que se refieren las acusaciones de la señora Francisca Steckerl estaba constituído mucho antes de que entrara a regir el citado decreto. Y aunque pudiera pensarse que ese Decreto, por referirse a tribunales de arbitramento, tuviera el carácter de norma adjetiva, de aquellas que tienen vigencia general inmediata, no sería aceptable darle aplicación a hechos anteriores, porque, según se ha visto, los tribunales de arbitramento tienen origen contractual, y no emanan de las disposiciones sobre organización judicial y procedimiento civil. Es decir, prevalece en la constitución de los tribunales de arbitramento el concepto civil o sustantivo del **"compromiso"**, que es el verdadero contrato que le da vida a un tribunal de arbitramento.

Resumiendo lo expuesto hasta aquí se tiene: que los cargos formulados por la señora Francista Steckerl contra el doctor Charris de la Hoz, no están probados, de acuerdo con lo que encontró el tribunal de Barranquilla, en la sentencia consultada, y además, que los relativos a la simulación no podían discutirse en este juicio, por lo cual ha debido el tribunal de Barranquilla limitarse a rechazarlos sin entrar en el examen de los hechos que se alegaron para probar la simulación; finalmente, que al imputarle al doctor Charris de la Hoz faltas graves o leves contra la delicadeza profesional, por no haberse declarado impedido en el tribunal de arbitramento tantas veces citado, se perdió de vista que al formar parte de un tribunal de arbitramento, con origen en un contrato que se llama documento de compromiso, el ciudadano no procede como profesional de la abogacía sino como un jurado civil escogido con gran libertad por quienes lo nombran y cuyas actuaciones no son ni pueden ser las de la profesión de abogado sino más bien las de un juez excepcionalmente designado o que interviene en la administración de justicia según lo expresado por el artículo 1º de la Ley 105 de 1931 en cuanto dice que en casos especiales esa administración de justicia se ejerce por personas particulares, en calidad de jurados, **árbitros**, etc., que participan en las funciones judiciales sin que el ejercicio transitorio de esas funciones ni la participación ocasional en ellas incluya a tales entidades, ni a los empleados que las componen, ni a los citados particulares en la jerarquía llamada por la Constitución poder judicial.

Sin embargo, la responsabilidad de los árbi-

tros no queda por eso eliminada; pero ella en ningún caso puede envolverse o confundirse con la de los abogados frente a la Ley 69 de 1945.

SENTENCIA

En mérito de lo expuesto la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CONFIRMA, por razones distintas, el sobreseimiento consultado.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán — Luis Enrique Cuervo Aráoz—Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara.

Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION RESOLUTORIA DE UN CONTRATO DE DONACION—LA CORTE REVOCA SENTENCIA DEL TRIBUNAL, Y EN SU LUGAR DECIDE QUE NO PROCEDE, POR SER PREMATURA, LA ACCION DEL DEMANDANTE EN EL JUICIO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, catorce de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga)

La sociedad colombiana de comercio "Manotas & Compañía", domiciliada en Barranquilla, demandó ante el Tribunal Superior de la misma ciudad al Departametno del Atlántico, en libelo de 16 de enero de 1951, para que en sentencia definitiva y previos los trámites del juicio ordinario, se hagan contra la citada entidad pública, estas declaraciones:

"a) Que por no haberse ejecutado por el Departamento del Atlántico, en el terreno o lote determinado en el hecho primero de esta demanda y también en la escritura pública número 1.460 de 1º de octubre de 1943, otorgada en la Notaría Primera de este Circuito, **la construcción del hospital a que se refiere la cláusula cuarta** del instrumento público citado, ni la de Escuelas Públicas y Jardines Escolares o Biblioteca Popular y Restaurantes Escolares o cualquier obra de cultura, a que se refiere la escritura pública número 1.787, de 28 de junio de 1948, otorgada en la Notaría Segunda de este Circuito, no se ha cumplido la obligación modal-resolutoria expresa, determinante de la cesión, y en consecuencia, ha quedado resuelto el contrato de donación contenido en los instrumentos públicos que se dejan citados, extinguido el derecho de la entidad demandada sobre el terreno o lote que fue objeto del contrato, como consecuencia de no haberse producido el evento de aquella obligación modal-resolutoria, vuelve al patrimonio de la sociedad demandante.

"b) Que como consecuencia de la declaración anterior en la sentencia definitiva se ordene: la restitución del terreno o lote determinado en la súplica a) del presente libelo y sus frutos civiles, naturales, a partir de la fecha del vencimiento de la obligación modal-resolutoria expresa, y la cancelación de los registros que se hicieron en virtud del otorgamiento de las escrituras públicas Nos. 1460, de 1º de octubre de 1943, 1394 de 14 de septiembre de 1945 y 1.787 de 28 de junio de 1948, de las Notarías primera y segunda de este Circuito notarial, en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Barranquilla, y en caso de que el Departamento del Atlántico, se halle en imposibilidad por cualquier causa de restituir la totalidad o parte del terreno o lote, pague su precio proporcional que tenga el día de la entrega o el precio que le fijen peritos.

"c) Que se condene al Departamento del Atlántico, al pago de los perjuicios causados por esta entidad a la sociedad Manotas & Cía., por el incumplimiento de la obligación modal expresa impuesta en la donación, hecha por la Compañía al Departamento, perjuicios que se fijarán por peritos en la forma indicada por la ley".

Los hechos sobre los que el actor sustenta las anteriores peticiones son, en resumen, los que a continuación se expresan:

1º—Por escritura pública número 1.460, pasada en la Notaría Primera de Barranquilla, el 1º de octubre de 1943, la sociedad demandante hizo donación al Departamento del Atlántico de un lote de terreno en el lugar conocido con el nombre de "San Felipe", del municipio de Barranquilla, con cabida de 60.000 metros cuadrados y comprendido dentro de estos linderos: "Por el norte, doscientos metros (200), linda con terrenos de la entidad demandante, o sea con parte de la manzana número cuarenta y dos (42); por el sur, igual medida a la anterior o sea doscientos (200) metros, linda con terrenos de Manotas & Cía.; por el este, trescientos (300) metros, calle sin nombre en medio, frente a terrenos de la misma sociedad Manotas & Cía.; por el oeste, trescientos (300) metros, con terrenos de la misma sociedad Manotas & Cía.".

2º—De acuerdo con la cláusula 5ª de la misma escritura, la donación en referencia estaba condicionada a la construcción por parte del donatario

de un "Hospital Antituberculoso", obra a la cual se refiere la cláusula 4ª del mismo instrumento notarial. Esta construcción debía iniciarse en el término de un año, que empezaría a correr desde el día 9 de noviembre de 1943. Si el Departamento no daba cumplimiento a esta obligación, el contrato quedaría automáticamente resuelto.

3º—El Departamento del Atlántico quedó en mora de dar principio a la construcción del Hospital Antituberculoso en el lote materia de la donación; no obstante, la sociedad donante lejos de exigir la restitución del inmueble, otorgó una prórroga de otro año más al Departamento para cumplir la obligación modal de que se ha tratado, esto es, la construcción del Hosital Antituberculoso, prórroga que se hizo constar en la escritura pública número 1.394 de 14 de septiembre de 1945, de la misma Notaría Primera de Barranquilla.

4º—El Departamento del Atlántico dejó transcurrir la prórroga dicha sin haber realizado acto alguno tendiente a la construcción del hospital. Sin embargo el donante quiso ser otra vez amplio y generoso con el donatario y "accedió a cambiar el destino que originalmente se había señalado para el terreno donado —que fue el de servir para la construcción de un hospital antituberculoso— por el de servir para la construcción de Escuelas Públicas y Jardines Escolares o Biblioteca Popular y Restaurantes Escolares o cualquiera otra obra de cultura", dando para ello al Departamento un nuevo término de dos años, y bajo la misma condición "modal-resolutoria" consignada en la cláusula 5ª de la primitiva escritura de donación. Este cambio de destinación y el término para la iniciación de las obras sustitutivas del hospital antituberculoso, se hicieron constar en la escritura pública número 1.787 de 28 de junio de 1948, de la Notaría Segunda de Barranquilla.

5º—Tampoco en esta nueva oportunidad el Departamento del Atlántico realizó hecho alguno enderezado a la ejecución de las obras determinadas en el contrato de donación que se acaba de citar. "El terreno comprendido en la donación —expresa el actor en el hecho 7º— se halla como se hallaba al principio, sin rastro de construcción alguna para uno de los fines señalados en la escritura de prórroga y cambio de destino como condición modal-resolutoria esencial de consolidación de la donación...".

En el capítulo relativo a los fundamentos de derecho, dice el actor: "La construcción de las obras previstas por la entidad donante, es una condición constitutiva de una obligación modal, propia de los actos en que se hacen transmisiones de la propiedad a título gratuito. El incumplimiento de la obligación modal, no implica la extinción del derecho que se trasmite, salvo que se estipule expresamente con una cláusula resolutoria. Esta es, la que impone el deber de restitución de la cosa y los frutos, si no se cumple el modo. Producido el incumplimiento del modo, dentro del plazo señalado por el donante o testador, la persona favorecida con el modo tiene acción contra el donatario o asignatario modal para que le restituya la cosa donada o asignada. Invoco las disposiciones de los arts. 1147, 1148, 1150 del Código Civil y concordantes del mismo estatuto. Título XVIII, Capítulo II, artículos 208, 737 y siguientes del C. de Procedimiento Civil".

En su contestación a la anterior demanda, el representante del Departamento del Atlántico se opone a las declaraciones demandadas por Manotas & Cía., considerando en primer lugar que en realidad de verdad en el contrato de que dan cuenta las escrituras públicas a que alude el actor, no se trata de una donación gratuita, comoquiera que el donatario debía realizar varias obras, entre ellas la construcción de una vía pública que debía comunicar el proyectado hospital con el centro de la ciudad de Barranquilla, y que, de otro lado, del contexto de la escritura de novación, señalada con el número 1.787 de 28 de junio de 1948, quedó testimonio de que el Departamento del Atlántico sí había dado comienzo a la obra del Hospital tantas veces citado, luego de haber sido aprobada por el Gobierno Nacional.

Las pruebas

En orden a acreditar los hechos enunciados en la demanda, la sociedad actora adujo copia registrada de las escrituras públicas números 1.460 de 1º de octubre de 1943, 1.394 de 14 de septiembre de 1945, de la Notaría Primera de Barranquilla, y 1.787 de 28 de junio de 1948, de la Notaría Segunda del mismo lugar, que se relacionan con la donación propiamente dicha; y de la número 1.435 de 9 de diciembre de 1940, de la misma Notaría, sobre constitución de la sociedad demandante y el certificado complementario expedido por la Cámara de Comercio de Barranquilla, fechado el 16 de enero de 1951; y, finalmente, copia de la escritura pública número 721 de 14 de mayo de 1945, de la Notaría Primera del

mismo lugar, en la cual se recoge el acta de inspección ocular practicada por el Juez 2º del Circuito en lo Civil de la misma ciudad en los terrenos de "San Felipe", de propiedad de Manotas & Cía., en especial sobre el solar materia de la donación echa a favor del Departamento del Atlántico, donde se comprobó que "está sin cercas de ninguna especie; que no hay edificación ninguna ni se le ha dado comienzo a la construcción para lo cual fue donado dicho terreno por la firma 'Manotas & Cía.' ".

Dentro del término probatorio de la primera instancia, la misma sociedad demandante solicitó y obtuvo la práctica de una inspección ocular en el terreno objeto de la demanda, prueba realizada el 9 de octubre de 1951 por el Tribunal **a quo**. En el acta respectiva se expresa lo siguiente, en cuanto se refiere a este pleito: Fue reconocido el terreno de acuerdo con los linderos indicados en el plano que al efecto presentó la parte actora, y se estableció que dentro del mismo inmueble "existe una construcción consistente en veintinueve columnas que sostienen una loza (sic) destinada a servir de techo de la planta baja y de piso de la primera planta alta; de esas veintinueve columnas, de un espesor de 1.10 mts. x 0.55 mts. unas y otras de 1.20 mts. x 0.75 mts.; catorce se proyectan 2.80 mts. por encima de la loza (sic), la que se halla a una altura aproximada de cuatro metros sobre el nivel del terreno. Además, existen cinco columnas más, de menor espesor y altura, que sostienen a unas vigas inclinadas que parte (sic) de la loza (sic) antes dicha. La estructura de la construcción de que se ha venido tratando es de concreto reforzado con varillas de hierro. Muchas de estas últimas sobrepasan la altura de las columnas de que forman parte y otras están parcialmente al descubierto, bien por haberse agrietado los pilares o columnas o por desprendimiento de parte de la masa de concreto. La estructura consta también de dos escaleras del mismo material expresado (concreto reforzado), que comunican las plantas baja y alta. Esta última no tiene techo. Las varillas de hierro visibles en gran número de las columnas, están oxidadas. Las columnas de la parte superior, o sea, de la que correspondería al segundo piso de estar terminada la edificación, están agrietadas en su totalidad, lo mismo que una de la parte inferior... No hay señales ni rastro de ninguna labor reciente de perseverancia en la construcción ni de conservación de lo construído. La loza de concreto ya anotada tiene una superficie aproximada de cuarenta y cinco metros d largo por quince metros de ancho. Todas las di mensiones expresadas por el suscrito Magistrad son aproximadas...".

Los peritos que intervinieron en esta diligencia conceptúan que, en realidad de verdad, dentro de terreno litigioso no existe edificación que esté prestando en el momento de su examen servicio de hospital, escuela pública, biblioteca, restaurante escolar o jardín del mismo orden; y en cuanto a la estructura abandonada de que habla el acta transcrita, añaden que "Recorrimos detenidamente lo que pudiéramos llamar ruinas o vestigios de una construcción; ya que hace muchos años se construyeron y están completamente abandonadas. Se aprecia la fuerte acción del tiempo en dichas columnas y losa. Muestran las mencionadas columnas y losa que desde su construcción vienen mal, ya que muestran una carencia absoluta de técnica y conocimientos de arquitectura e ingeniería; que no hubo en su construcción la dirección de un profesional y sólo hubieran sido dirigidas por un Maestro de Obras de baja categoría. Basamos la anterior declaración en que todas las columnas superiores, las inferiores y la losa muestran resquebrajamientos y desmoronamientos que han sido motivados por la mala calidad del concreto y la mala colocación de las armaduras de hierro. Todo lo anterior unido a la acción del tiempo que ha sido más efectiva debido al abandono total de dicha obra, hacen imposible la utilización posterior de dicha estructura...".

El mismo día, y a solicitud del personero del Departamento demandado, se efectuó otra inspección ocular en el terreno y construcción de que tratan las inserciones que se acaban de hacer, en la cual, como en la anterior, actuaron peritos ingenieros, siendo uno de ellos, el doctor Juan Jacobo Berdugo, experto en ambas diligencias. Las verificaciones hechas en esta segunda inspección son semejantes a la primera. En cuanto al dictamen pericial, se toman de él los siguientes apartes:

"En el terreno identificado y motivo del pleito causa de la presente inspección ocular, no hay construcción alguna. Existe sobre la esquina noreste de dicho terreno, un esqueleto de concreto compuesto de unas columnas, vigas y losa. Dicho comienzo de construcción, por su aspecto ruinoso y de deterioro general, acusa haber sido hecho hace más de cuatro (4) años y haber sido abandonado desde esa misma fecha. Dicha obra de-

ota haber sido construída bajo una dirección esacertada y en las peores condiciones técnicas. o que allí existe, apreciado como volumen de oncreto, no puede costar más de sesenta mil pe-os ($ 60.000.00) m. l., pero su valor actual no es osible definirlo, debido al estado de ruina en que e encuentra y que anotáramos anteriormente; onsiderando más bien que su utilización poste-ior para los fines a que pensaran destinarse e mposibles de determinar actualmente, no sería aconsejable por su estado. En la Sección Técnica le la Secretaría de Obras Públicas del Departa-mento se nos mostraron unos planos que corres-ponden a un proyecto para la construcción de un Hospital Antituberculoso; que se dice sería cons-truído en los terrenos motivo del pleito y causa de la presente inspección ocular. Teniendo en cuenta dichos planos, hacemos constar que lo eje-cutado sólo correspondería a una cuarta parte de la estructura correspondiente a la primera planta del citado proyecto y a una veinticincoava parte del proyecto considerado globalmente".

El demandado produjo, igualmente, un certifi-cado de la Secretaría de Obras Públicas del De-partamento, sobre costo de la obra construída, y que dice: "**Despacho número 25.**—El suscrito sub-Secretario de Obras Públicas Departamentales de acuerdo con lo solicitado por el Tribunal Supe-rior del Distrito Judicial de Barranquilla, en su despacho número 25 del 23 de agosto de 1950, **Certifica:** Que las sumas gastadas en el terreno cedido al Departamento por el doctor Arturo Fa-bio Manotas para el Hospital de Tuberculosos fueron las siguientes: ochenta mil pesos ($ 80.000) del Departamento. Cincuenta mil pesos ($ 50.000) de la Nación. Para constancia firmo el presente en Barranquilla, a primero de octubre de 1951. Gustavo Cepeda Rodado, sub-Secretario de Obras Públicas del Departamento".

Con base en las anteriores probanzas y en lo alegado por las partes en su oportunidad, el Tri-bunal Superior de Barranquilla decidió del litigio en sentencia de 28 de noviembre de 1953, en el sentido de absolver de todo cargo al Departa-mento del Atlántico. La razón especial aducida por el fallador de primer grado consiste en estimar que en el contrato modificatorio de la obligación modal (construcción de escuelas públicas, biblioteca popular, jardines o restaurantes esco-lares en lugar del hospital antituberculoso), varió fundamentalmente el sistema del contrato de do-nación contenido en la cláusula resolutoria, pues ya en esta segunda ocasión el término de un año, prorrogado después a otro año, no se refiere a la sola iniciación de los trabajos de construcción de las obras sustitutivas del hospital, sino a la ter-minación de las mismas. "Pero al mismo tiempo —arguye el Tribunal— parece claro que tanto la destinación del lote a la nueva obra como la eje-cución de ésta quedaron condicionadas a la apro-bación del Gobierno Nacional, que para el caso es un tercero, porque si bien es cierto que para ratificar la donación y prorrogar el plazo el do-nante impuso la condición de que se cambiara el destino de la cosa donada, no es menos cierto que el Gobernador —con aceptación implícita del do-nante— sometió a su vez el cumplimiento de la nueva carga a la condición de que el Gobierno Nacional diera su aprobación al último destino estipulado, restringiendo de este modo el alcance de la declaración del donante. Y no habiéndose demostrado procesalmente que el Gobierno Na-cional dio su asentimiento para el cambio de des-tinación del lote, considera la Sala que el incum-plimiento del donatario no es digno de sancionar-se con la resolución por cuanto que no hay cons-tancia (sic) en el juicio de que la no obtención del asentimiento del Gobierno provenga de he-cho o culpa del donatario...".

Esta Sala de la Corte debe decidir ahora sobre la legalidad de la sentencia aludida, en virtud del re-curso de apelación interpuesto por la parte de-mandante. Y como se hallan agotados los trámi-tes de la alzada, se pasa a fallar previos los si-guientes antecedentes:

Dentro de esta segunda etapa del juicio el actor hizo traer, como pruebas, lo siguiente: a) un cer-tificado expedido por la Hermana Superiora de la Comunidad del Buen Pastor de Barranquilla, en el cual se expresa que Manotas & Cía. ofreció donar a la Comunidad una parte de los lotes si-tuados en la urbanización "San Felipe", "manza-nas 43, 44, 47, 48 y parte de la 46, que actualmen-te están en poder del Departamento del Atlánti-co", sin mencionar la fecha en que tal ofreci-miento fue hecho; b) una atestación del Super-intendente de Instituciones de Utilidad Común del Ministerio de Salud Pública, según la cual no fue posible hallar documento alguno relacionado con la gestión o solicitud que hubiera podido for-mular el Departamento del Atlántico desde di-ciembre de 1945 hasta el mismo mes de 1951 en relación con el cambio de destinación del predio donado por Manotas & Cía. a dicha entidad; y c) un informe del Secretario de la Junta de Benefi-cencia del Atlántico, en el cual se expresa que en

el archivo de dicha dependencia administrativa se encuentran las copias de las escrituras públicas relacionadas con la donación hecha por Manotas & Cía. al Departamento del Atlántico del terreno para la construcción del hospital antituberculoso, y copia del contrato para esa construcción "con las modificaciones introducidas por la Secretaría de Obras Públicas".

Por su lado, el personero del demandado hizo allegar a los autos: a) Certificado de la Contraloría General de la República —Sección de Control Previo— conforme a la cual "en los presupuestos nacionales de los años antes citados (1948, 1949, 1950 y 1951), no se incluyó partida para la construcción de un hospital, colegio, restaurante, escuelas, jardines o bibliotecas populares en los terrenos situados en la ciudad de Barranquilla y de propiedad del Departamento, denominados 'San Felipe'; b) Certificado de la Contraloría del Departamento del Atlántico, de fecha 11 de octubre de 1954, según el cual "por medio de los decretos números 189 de mayo 4 de 1944 y 162 de mayo 2 de 1945, del fondo de los empréstitos departamentales de 1943 y 1944 se apropió la cantidad de $ 81.000.00 para la construcción del edificio con destino al Hospital Sanatorio Antituberculoso en terrenos situados en la Urbanización de San Felipe, de esta ciudad, de la cual se invirtió la cantidad de $ 53.321.26 además de la cantidad de $ 50.000.00 que aportó el Gobierno Nacional, lo cual da un total invertido en esa obra de $ 103.321.26. Ninguna otra partida aparece apropiada en los presupuestos a que hacen relación los oficios de la Corte para la construcción del citado Hospital". Esta certificación vino acompañada de la relación de las diferentes partidas que se invirtieron en la obra, cantidades que suman exactamente $ 103.321.26. c) Un ejemplar autenticado del número 1.058 de 27 de septiembre de 1948 de la 'Gaceta Municipal' de Barranquilla, órgano de publicidad del Concejo Municipal de la misma ciudad, en el que aparece el Acuerdo número 53 de 1925 'sobre urbanizaciones y construcciones urbanas', cuyo artículo 5º dice: 'En las urbanizaciones o contrucciones de barrios nuevos se destinará una manzana para plaza pública, por cada diez y seis manzanas, destinadas a la construcción, bien que se proyecte la construcción en conjunto o que el terreno se divida en lotes para la venta. Ninguna urbanización o construcción de barrios nuevos podrá empezarse sin que se otorgue al Municipio la escritura de cesión de las zonas destinadas a plazas y calles'. d) Un ejemplar igualmente autenticado del número 586 de 20 de septiembre de 1928 del mismo órgano oficial donde fue publicada el Acta número 45, correspondiente a la sesión del 13 de agosto de ese año del Concejo Municipal de Barranquilla, durante la cual fueron aprobados 'los planos remitidos al Concejo para las urbanizaciones de las porciones comprendidas en los terrenos denominados 'Las Nieves' y 'San Felipe' por encontrarse de conformidad con las disposiciones vigentes sobre la materia'. e) Copia de la diligencia sobre presentación en la Secretaría de Obras Públicas Municipales de Barranquilla, de los documentos exigidos para legalizar la Urbanización 'San Felipe', hecha el 26 de septiembre de 1928. f) Una certificación expedida por el Secretario de Obras Públicas del Departamento del Atlántico, en el cual se expresa "que en el año de 1954 (sic) contrató la construcción de un hospital en un lote de terreno con cabida superficiaria de setenta mil (70.000) metros cuadrados aproximadamente dentro de los terrenos de San Felipe en el Municipio de Barranquilla...".

En otra certificación de la misma entidad se afirma que 'el Departamento construyó con dineros del mismo Departamento una vía de acceso a la Urbanización denominada San Felipe, situada en el Municipio de Barranquilla, de conformidad con lo estipulado en las escrituras números 1460 de primero de octubre de 1943 otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Barranquilla y 1394 de septiembre de 1954 (sic) de la misma Notaría; que el costo aproximado de la obra fue de veinte mil ($ 20.000.00) pesos'. g) Una copia heliográfica del plano de la Urbanización San Felipe, en el que se describe el terreno materia de la donación a que hace referencia este juicio. h) Otro ejemplar autenticado de la 'Gaceta Municipal' de Barranquilla de fecha 20 de septiembre de 1928, que contiene el Acta número 45 del Concejo Municipal de la misma ciudad, de que se habló antes y otro ejemplar autenticado del número 1.058 de dicho órgano oficial del Municipio de Barranquilla, de que también se hizo mención atrás. i) Certificado expedido el 11 de octubre de 1954 por el Secretario de Obras Públicas Municipales de Barranquilla, en el que se expresa que en esa dependencia 'no existe constancia de que el señor Arturo Fabio Manotas y la sociedad Manotas & Cía. hayan cumplido con el artículo 5º del Acuerdo 33 de noviembre 13 de 1925', disposición de que ya se hizo transcripción anteriormente. j) Relación formulada por la Secretaría de Obras

Públicas del Departamento del Atlántico 'de las cuentas pagadas por la Secretaría..... para la construcción del Hospital Antituberculoso' durante los años de 1945, 1946, 1947 y 1948. k) Certificado expedido por el Ministerio de Gobierno, Departamento de Negocios Generales, en el que se afirma que en dicha dependencia administrativa 'no aparece que el Gobierno Nacional hubiere ratificado el contrato contenido en la escritura número 1778 (sic) de 28 de junio de 1948, otorgada por la Notaría (sic) Segundo (sic) del Circuito de Barranquilla y por medio de la cual Manotas y Cía. sedió (sic) al Departamento del Atlántico unos terrenos'. l) Otro certificado expedido por el Secretario General del Ministerio de Obras Públicas, en el cual se expresa que "no se ha encontrado constancia de la aprobación que se le diera al contrato contenido en la escritura pública número 1787 de 28 de junio de 1948...". m) En idéntico sentido obra la certificación expedida por la Presidencia de la República, Secretaría General, con fecha 20 de octubre de 1954. n) El doctor Arturo Fabio Manotas, en su carácter de Gerente de la sociedad 'Manotas & Cía.' absolvió un pliego de posiciones. En sus respuestas, niega que el Departamento del Atlántico haya construído vía de comunicación alguna hasta la urbanización San Felipe, pues las vías que hoy están construídas en dicho sector, lo fueron por Manotas & Cía. "y todas las erogaciones que causó la construcción de esas vías fueron pagadas por esta misma sociedad, sin que el Departamento interviniera en ningún momento en la construcción de dichas vías".

Los alegatos de las partes

El abogado de la parte actora hace un detenido estudio en torno al precepto del artículo 1147 del Código Civil que trata de las asignaciones modales y las condicionales, acerca de las cuales trae varias citas de los tratadistas Fernando Vélez y Arturo Alessandri sobre la diferencia que existe entre el **modo** y la condición, y, pasando ya a referirse a la sentencia recurrida, la ataca en los siguientes términos:

"Considera el Tribunal que el incumplimiento del donatario —acepta que lo hubo— no es digno de sancionarse con la resolución porque no hay constancia en el juicio 'de que la no obtención del asentimiento del Gobierno provenga de hecho o culpa del donatario'. Resulta extraño cómo puede expresarse semejante concepto en presencia de la propia manifestación del Gobernador, de las características y facilidades de la prueba misma sobre esa negativa, de que solamente el Departamento estaba en condiciones legales de efectuar las gestiones respectivas y acreditar que había puesto todos los medios a su alcance para conseguir la aprobación. Esas circunstancias están aún hoy más corroboradas con la certificación expedida por el Departamento de Instituciones de Utilidad Común, por las respuestas que dieron las distintas Secretarías y la Junta de Beneficencia del Atlántico en cuanto a la existencia de la comunicación en que se pidiera la aprobación del cambio de destinación, con las propias pruebas traídas por el señor apoderado del Departamento, con el hecho muy diciente de que éste jamás ha alegado que el Gobierno Nacional rechazara ese cambio de destinación y ni siquiera se ha atrevido a sostener que oportunamente hizo la petición respectiva.

"De acuerdo con lo indicado el Tribunal, en virtud del incumplimiento del Departamento, estaba obligado a aplicar los artículos 1539, 1544 del C. C. en concordancia con los artículos 1147, 1148, 1150 de la misma obra. Sin embargo, no lo hizo y finalizó su fallo expresando cuál era a su juicio la solución adecuada que consultaría los intereses del Departamento y de la Sociedad donante, aplicando el artículo 1151 del C. C., inciso segundo, pero advirtiendo que esa solución no podía adoptarse por no haber sido propuesta en el debate.

"Por muchos esfuerzos que se hagan no es posible llegar a comprender cómo podría darse aplicación en este caso al artículo 1151, en concordancia con el 1537 del C. C. En efecto: Nadie podría sostener que el modo es por su naturaleza imposible, o siquiera lo es en la forma especial prescrita por el donante, sin hecho o culpa del asignatario, porque basta leer las respectivas escrituras para llegar a la certidumbre de que las aplicaciones dispuestas por el donante son posibles físicamente, que también son numerosas, su escogencia depende de la voluntad del donatario y con el cumplimiento de una cualquiera de las establecidas era suficiente para que el predio permaneciera en su patrimonio y no operara la cláusula resolutoria".

Refiriéndose a la prueba de las inversiones hechas por el Departamento en orden a la construcción del Hospital Antituberculoso en el lote materia de la donación, dice que ese hecho nada tiene que ver con el problema **sub judice**, "porque

está demostrado que el donatario no cumplió su obligación en la forma estipulada", y porque "no sería legal ni equitativo que la sociedad 'Manotas & Cía.' sufriera las consecuencias o pretendiera imputársele alguna responsabilidad por la aplicación de fondos públicos a una obra adelantada sin planes ni organización de ninguna clase y que por lo tanto, como está acreditado, carece por completo de valor para que pueda ser destinada, siquiera en principio, a cualquier servicio".

En cuanto a la obligación impuesta al Departamento del Atlántico de arreglar una vía de comunicación que uniera el centro de la ciudad de Barranquilla con el proyectado Hospital Antituberculoso, agrega que "ningún precepto legal establece diferencias entre el modo que favorece al donatario o a un tercero y el que puede llegar a beneficiar o beneficia al donante. En ambos casos las obligaciones deben cumplirse plenamente porque de lo contrario opera la condición resolutoria expresamente pactada".

Y para concluir, pone de presente que la vía pública de acceso a la urbanización "San Felipe", a que hace referencia el oficio número 331 de la Secretaría de Obras Públicas del Atlántico, es muy distinta a la mencionada en la escritura de donación número 1460 de 1943.

El apoderado del Departamento del Atlántico, tomando al pie de la letra la cláusula 4ª de la escritura número 1460 de 1º de octubre de 1943, hace esta observación:

"En consecuencia, el Departamento se obligó simplemente a dar comienzo a la construcción de un Hospital Antituberculoso en el lote donado, dentro del término de 12 meses. Pero es muy importante recalcar que la voluntad claramente manifestada en las cláusulas transcritas, y por eso me he permitido subrayar la parte pertinente, fue la de que el Departamento debía **comenzar** la construcción del Hospital dentro del plazo de 12 meses, pero en ninguna forma se expresó que dentro del término del mismo plazo debía **terminarla**".

Dice en seguida que la obligación referente al arreglo de la vía de acceso a la urbanización "San Felipe", estipulada en la escritura de donación, imprime a ésta el carácter de onerosa y no simplemente gratuita, puesto que esa obra benefició a la sociedad donante y en ella hubo de invertir el Departamento una considerable suma de dinero. Pero aclara: "Este punto no se discute en el juicio ni ha sido alegado por el actor; y se hace relación a él sólo para demostrar que se trata de una donación onerosa que benefició al donante, y que el Departamento cumplió el compromiso contenido en el citado documento".

Señala como obligación modal hecha por Manotas & Cía. la referente a la construcción del Hospital Antituberculoso, y apoyándose en que el fundamento principal de la demanda estriba en el incumplimiento de esa obligación, argumenta así:

"De acuerdo con los elementales principios probatorios, para que una acción prospere es necesario que el actor demuestre plenamente los hechos en que funda su petición, y si así no lo hace, la acción va irremediablemente al fracaso. **Premisa.**—Los hechos 4º y 7º que son básicos, no se demostraron, más aún, se comprobó en el juicio que el Departamento sí cumplió con sus obligaciones, luego necesariamente deben negarse las peticiones de la demanda".

"En efecto: no hay ninguna prueba tendiente a demostrar que el Departamento no comenzó a construir el Hospital antes del 14 de septiembre de 1946. Las inspecciones oculares practicadas por el actor dan cuenta de que el Departamento comenzó la construcción del Hospital. Siendo esto así se demuestra la premisa anterior.

"Pero aún más: El Departamento, aunque la prueba no le correspondía, allegó la documentación pertinente para demostrar que dio cumplimiento a la obligación de comenzar a la construcción de un hospital antituberculoso antes del 14 de septiembre de 1946".

De la escritura número 1787 de junio de 1948, saca estas conclusiones: a) que el Departamento sí había cumplido las obligaciones contraídas en la primitiva escritura de donación; b) que el cambio de destinación del terreno donado fue impuesto unilateralmente por la sociedad donante cuando ya el donatario había empezado a construir el hospital y había construído la calle de acceso a la urbanización 'San Felipe'; y c) que para la validez en el cambio de destinación, exigió, como era legalmente necesario, la aprobación del Gobierno Nacional al contrato contenido en la escritura 1787 de 28 de junio de 1948".

Y añade: "En otras palabras, para la existencia de este segundo contrato se requería, de acuerdo con las disposiciones legales que rigen en Colombia, la aprobación del Gobierno Nacional. Si esta aprobación no aparece en el mismo contrato o no se acredita en el juicio, el contrato carece de todo valor jurídico". Más adelante arguye que la prueba de la aprobación del contrato relativo al

cambio de destino del terreno donado corresponde darla al actor, porque sin ese requisito el contrato mismo carece de valor.

Considera más adelante que "En el contrato original el Departamento se obligó a construir un hospital antituberculoso, y en el segundo contrato la obligación consistió en construir jardines o restaurantes escolares, es decir, una construcción antagónica y diametralmente opuesta a la primera. Y como se reúnen los demás requisitos exigidos para la novación, es claro que el segundo contrato, extinguió el primer contrato, y por tanto, desapareció la obligación contenida en el primer contrato para dar nacimiento a la obligación contenida en el segundo". De lo cual deduce que "como dentro de la unidad de la acción la petición debe estudiarse en su conjunto, salta a la vista que dicha petición se formuló indebidamente".

En el supuesto de que no prospere esta excepción, el mismo apoderado aduce esta defensa: "En la escritura de donación se impuso además de una condición, la construcción de la calle, un modo, efectuar una obra. La condición de construir la calle, según ya se dijo, la cumplió el Departamento. El modo construir un hospital, también lo cumplió el Departamento pues inició la obra dentro del término estipulado. Pero la segunda modalidad que se trató de estipular en la escritura 1787 fue de imposible cumplimiento e ineficaz.

"Esto es evidente, en primer lugar porque ya se había cumplido el modo original, y en segundo lugar, porque para la existencia del contrato contenido en la escritura número 1787 se requería la aprobación del Gobierno Nacional, y sin ella el gravado estaba imposibilitado legalmente para cumplir, para aceptar el cambio de destinación y para hacer una nueva obra destruyendo la anterior. Por tanto, sin culpa del gravado, culpa que en ningún modo se presume, y que en el evento de existir ha debido ser probada por el actor, se hizo imposible e ineficaz el segundo gravamen de que trata la citada escritura 1787. Siendo esto así se aplica la norma jurídica universal: 'Si el incumplimiento se hace imposible sin culpa del gravado, o no depende de su voluntad, éste queda libre', consagrada en nuestro artículo 1151 del C. Civil".

Para resolver, **se considera:**

Los señores apoderados de las partes expusieron en sus alegatos de conclusión muy importantes tesis, encaminadas a explicar la diferencia que existe entre las obligaciones a plazo, las condicionales y las modales, doctrinas que también aparecen en la parte motiva de la sentencia que ha sido materia del recurso.

Para la Corte, tan ilustrativas exposiciones, no son bastantes a confirmar el fallo, porque el contrato contenido en la escritura pública número 1787 de 28 de junio de 1948, otorgado en la Notaría Segunda de Barranquilla, no es propiamente lo que puede calificarse como una ratificación del **modo** y del **plazo** contenidos en las anteriores escrituras (1460 de 1º de octubre de 1943 y 1394 de 14 de septiembre de 1945, ambas corridas en la Notaría Primera de Barranquilla), puesto que la dicha escritura no solamente cambió el **modo,** es decir la carga de la donación, sino también el **plazo,** que en la primera se acordó de un año para la iniciación de la obra, que era entonces la construcción de un Hospital Antituberculoso, y en la nueva se estipuló de dos años para la ejecución completa de la nueva obra destinada, en general, a cultura. A más de lo anterior, en la misma escritura pública, el Gobernador del Departamento del Atlántico contrajo una obligación de hacer, como es la de obtener la aprobación del contrato por parte del Gobierno Nacional.

En efecto, por medio de la escritura pública precitada, el Departamento del Atlántico se obligó a construir, en dos años y en el mismo solar donado antes por Manotas & Cía., no ya el Hospital Antituberculoso, sino "Escuelas públicas y jardines escolares o Biblioteca Popular y Restaurantes Escolares o cualquiera otra obra de cultura", sometiendo, observa la Corte, previamente a la aprobación del Gobierno Nacional el cambio del modo y del plazo. El Hospital Antituberculoso era, pues, el **modo** establecido en la primitiva escritura (1460 de 1943, ratificada por la número 1394 de 14 de septiembre de 1945), **modo** que fue sustituído por la última, la 1787 de 28 de junio de 1948, como es la construcción, en dos años, de las obras de cultura a que se ha hecho referencia, por expresa voluntad de las partes contratantes.

Ese cambio del modo y del plazo constituye una novación pura y simple, por cuanto la nueva obligación sustituye la anterior, conforme lo enseña el artículo 1687 del Código Civil, puesto que en ese cambio concurrieron los elementos esenciales de la novación que, como lo expone claramente el apoderado del demandado, son:

"1º—Una obligación anterior.

"2º—Una obligación nueva.

"3º—Diferencia entre ambas obligaciones.

"4º—Capacidad de las partes para sustituir una obligación a otra; y

"5º—Intención de efectuar la novación de una obligación por otra; intención que puede ser expresa o tácita".

Está dicho que existía una obligación anterior y hay una nueva, que se diferencian sustancialmente entre sí. Y no puede negarse la capacidad de las partes y su intención.

Sustituídos el modo y el plazo, el Gobernador del Atlántico, con la aceptación tácita de Manotas & Cía., sometió la validez del contrato a la aprobación del Gobierno Nacional, puesto que se trataba de obra nueva y de nuevo plazo, en momentos en que el Gobierno había invertido fondos para la obra anterior o sea para la iniciación de los trabajos del Hospital Antituberculoso, como está demostrado en el expediente. La obligación de hacer, convenida por las partes, es del tenor siguiente: "Presente en este acto el señor doctor Alejo Solano Manotas, Gobernador del Departamento del Atlántico, mayor, con cédula de ciudadanía número 1.263.807 expedida en Barranquilla, de mi conocimiento personal y de cuyo carácter oficial, yo el Notario, doy fe, dijo: Que en nombre del Departamento del Atlántico, acepta la presente escritura en todas sus partes, por estar de acuerdo con lo expresado; pero que como en el lote de terreno donado se empezó a construir un edificio para Hospital Antituberculoso, con la intervención y aprobación del Gobierno Nacional, para **variar el destino del inmueble referido** y adaptar para otros servicios la parte que hay construída **necesita el asentimiento de la Rama ejecutiva y hará todas las gestiones conducentes con el Gobierno Nacional a fin de que tenga su aprobación el nuevo destino** que le dará al inmueble donado". (Subrayó la Sala).

La Corte estima lógica esa obligación de hacer que se impuso el Departamento del Atlántico, y que aceptó el donante, por razón de las inversiones hechas por el Gobierno Nacional para la obra primitiva. Por lo demás, no es dudoso que la nueva construcción es mucho más conveniente en aquel sector de Barranquilla que un Hospital Antituberculoso, atendidas las recomendaciones de la Higiene que aconseja la edificación en lugares alejados de esa clase de sanatorios.

Pero la obligación de hacer, por parte del donatario, no se ha cumplido, porque el Departamento del Atlántico no hizo ni ha hecho ninguna gestión conducente a obtener la aprobación del Gobierno Nacional para la obra nueva, como resulta del expediente: no hay en parte alguna de él documento o prueba que acredite lo contrario, y así lo reconoce el Tribunal a quo para absolver, cuando dice: "Y no habiéndose demostrado procesalmente que el Gobierno Nacional dio su asentimiento para el cambio de destinación del lote, considera la Sala (el Tribunal) que el incumplimiento del donatario no es digno de sancionarse con la resolución por cuanto que no hay constancia (sic) en el juicio de que la no obtención del asentimiento del Gobierno provenga de hecho o culpa del donatario".

Las anteriores consideraciones conducen a observar que el Tribunal de Barranquilla ha debido abstenerse de fallar en el caso, por cuanto no existe en el expediente, como está dicho, prueba alguna de que el Gobierno Nacional haya impartido su aprobación para el nuevo destino del solar donado y del nuevo plazo, ni que los haya improbado.

Sin este requisito indispensable, por no haberse demostrado que la obligación de hacer a plazo indeterminado se cumplió, la acción del demandante no queda plenamente configurada para pedir. Lo que ha debido hacer el donante, antes de incoar la acción y en vista de la inercia del donatario, es haberlo requerido para que cumpliera la obligación de hacer "todas las gestiones conducentes ante el Gobierno Nacional a fin de que tenga su aprobación el nuevo destino que le dará al inmueble donado", y, hecho esto, si el Departamento del Atlántico se hubiese constituído en mora, podría haber pedido, Manotas & Cía., el cumplimiento de la obligación al tenor de lo dispuesto por el artículo 1610 del Código Judicial.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, REVOCA la sentencia materia del recurso y en su lugar DECIDE que no procede, por ser prematura, la acción del demandante.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Aníbal Cardoso Gaitán — Luis Enrique Cuervo Aráoz—Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara. Jorge García Merlano, Secretario.

SE ABSUELVE A LA NACION POR CARGOS DE RESPONSABILIDAD EN ACCIDENTE DE TRANSITO

La responsabilidad de las personas jurídicas por el hecho o culpa de quienes están bajo su cuidado o vigilancia sólo puede deducirse cuando en el juicio se hallan plenamente demostrados estos elementos: el daño, su autor y la dependencia de éste respecto de aquéllas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, noviembre dieciseis de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El Tribunal Superior de Neiva, en sentencia de 29 de abril del presente año, niega las peticiones de la demanda que promovieron los señores Alberto y Benjamín Suárez el 10 de marzo de 1954 contra la Nación, y absuelve a ésta de los cargos formulados.

Son las siguientes las peticiones del libelo:

"1º — Que se declare a la Nación colombiana responsable de los perjuicios materiales ocasionados a los señores Alberto y Benjamín Suárez, con motivo del accidente de tránsito ocurrido el 22 de febrero de 1952, en el sitio del Purgatorio, en la carretera que de Garzón conduce a la ciudad de Florencia (Caquetá), en el que chocaron dos carros, uno de propiedad del Ministerio de Obras Públicas, Zona de la carretera Garzón-Florencia, distinguido con la placa número 2205 de 1951, y el otro de propiedad de los demandantes distinguido con la placa número 1282 de 1951, y que recibió los daños que en la relación de hechos se detallan;

"2º—Que se condene a la Nación colombiana a pagar a los señores Alberto y Benjamín Suárez, una vez ejecutoriado el fallo correspondiente, la suma de nueve mil setecientos pesos ($ 9.700.00) moneda corriente o lo que resulte probado en autos, como valor de los perjuicios materiales sufridos por los citados señores con motivo del accidente de tránsito relatado en el punto anterior".

De acuerdo con la demanda, los hechos que la motivan sucedieron así: el sábado 23 de febrero de 1952, el bus de placas números 1282 del Huila, que transitaba por la carretera que de Garzón conduce a Florencia, fue atropellado por una volqueta distinguida con las placas números 2205, de propiedad de la Nación, que transitaba en sentido contrario, contraviniendo los reglamentos del tránsito en esa carretera que es de una sola vía, y como consecuencia del choque el bus se volcó y rodó al abismo sufriendo diversos daños; éstos y los perjuicios causados a los demandantes ascienden a la cantidad de $ 9.700.00.

A la demanda se acompañó la copia de una inspección ocular efectuada por el Inspector de Tránsito de Florencia, con intervención de peritos, al sitio del accidente. Un certificado de la Dirección General de Circulación de Neiva sobre la propiedad del bus de los demandantes. Y tres declaraciones extrajudiciales referentes al choque de los vehículos.

Durante el término respectivo del juicio se produjeron estos elementos probatorios: ratificación de una de las declaraciones antes mencionadas; nuevo certificado sobre la propiedad del bus; certificado de la Dirección de Circulación y Tránsito de la Intendencia del Caquetá acerca de los días de entrada y salida de vehículos a Florencia, puntualizando que el día 23 de febrero de 1952 era día de entrada a la ciudad; copia de una diligencia de avalúo de los daños ocasionados al bus practicada por la Dirección de Circulación de Florencia en la investigación del accidente; y por último, certificado del Ingeniero Jefe de la Zona de Carreteras de Neiva de que el señor Guillermo Saldarriaga desempeñaba las funciones de chofer en el sector Resina-Montañita el 23 de febrero del citado año 1952.

La parte demandada, cuya representación llevó el Fiscal del Tribunal de Neiva, al contestar la demanda negó los hechos y el derecho de los actores para promover la acción; y en el alegato de instancia, al pedir que se nieguen las declaraciones impetradas en la demanda, hace constar que no se probaron legalmente los hechos pertinentes como la propiedad oficial del carro; ni que dicho carro oficial fuera el vehículo que atrope-

llara al bus; ni que el chofer Guillermo Salamanca fuera la persona que manejara el carro oficial.

El Tribunal Superior de Neiva, al pronunciar el fallo de primera instancia, analiza todos los medios probatorios allegados al juicio y deduce la ineficacia de ellos en cuanto a la demostración legal de los hechos fundamentales de la acción, motivo por el cual niega las declaraciones impetradas en la demanda y absuelve a la Nación de los cargos formulados.

De ese fallo apeló el apoderado de la parte demandante y el negocio vino a esta corporación en donde se ha surtido el trámite pertinente, que se encuentra agotado, siendo por tanto el caso de decidir.

En el alegato presentado por el señor Procurador Delegado en lo Civil —única actividad de las partes en la segunda instancia— se resumen las consideraciones de la demandada en estos términos: "En síntesis, en este negocio hay absoluta carencia de pruebas: no se demostró el hecho mismo del accidente, ni que éste hubiera ocurrido con una volqueta perteneciente a la Nación, ni que dicha volqueta fuera conducida por el señor Guillermo Saldarriaga, ni, en fin, que tal hecho constituya culpa de parte de la Administración".

Importa pues examinar las pruebas, anotando previamente que sólo puede deducirse la responsabilidad de las personas jurídicas por el hecho o culpa de quienes están bajo su cuidado o vigilancia, cuando en el juicio se hallan plenamente demostrados estos elementos: el daño, su autor y la dependencia de éste respecto de aquéllas.

Sábese por el acta de inspección ocular, cuya copia se acompañó a la demanda, que el día 23 de febrero de 1952 ocurrió un accidente de tránsito en el sitio denominado El Purgatorio, de la jurisdicción de Florencia, pues el Inspector de Policía y Tránsito concurrió allí y pudo verificar la presencia de dos vehículos deteriorados o dañados: una volqueta sobre la carretera y un bus fuera de ella. Sin embargo, el funcionario y los peritos que lo asesoraron en la diligencia omitieron tomar los datos necesarios para la identificación de los vehículos, es decir, no anotaron las marcas, tipos, modelos y números de placas de los vehículos, ni tampoco averiguaron o por lo menos no hicieron constar en el acta los nombres de los respectivos conductores.

La testigo María Ramón, cuya declaración fue la única que se ratificó dentro del juicio, dice constarle el accidente. Pero además de no expresar las razones por las cuales es sabedora del hecho, su testimonio es en extremo deficiente y vago, y carece de todo dato sobre identificación de los vehículos y respecto de las personas que los manejaban.

De otra parte, el demandante afirma que la volqueta que causó el accidente pertenece al Ministerio de Obras Públicas —Zona de Carreteras Nacionales de Neiva— y que el día del accidente era manejada por el señor Guillermo Saldarriaga, empleado de esa dependencia. Tales hechos no están probados en el expediente. Los únicos comprobantes que se trajeron sobre el particular son los certificados que obran a folios 28 y 44 del cuaderno número 2, en los cuales el Ingeniero Jefe de la Zona certifica que el señor Guillermo Saldarriaga era chofer de esa dependencia el día 23 de febrero de 1952. No hacen alusión alguna tales certificados, a que la volqueta número 2205 fuera oficial o perteneciente al Gobierno, ni que ella estuviese manejada por Guillermo Saldarriaga el día del accidente.

El anterior examen del haz probatorio del juicio lleva a concluir que no está probado el accidente en sí, ni quiénes fueron las personas que, como conductores de los vehículos, lo ocasionaron. Por consiguiente, no hay lugar a deducir responsabilidad alguna al Estado, siendo el caso de confirmar el fallo de primera instancia, cuyas conclusiones están acordes con la realidad procesal.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia objeto de la apelación.

Costas a cargo del apelante.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán — Luis Enrique Cuervo. Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara. — El Secretario, **Jorge García Merlano.**

NO SE ADMITE LA DEMANDA DE DESLINDE Y AMOJONAMIENTO DE UN PREDIO POR CARECER EL DEMANDANTE DE LA POSESION MATERIAL DEL MISMO

La demanda de deslinde y amojonamiento, sin que demuestre el demandante la posesión material del lote que pretende deslindar, no puede, en ningún caso, prosperar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez y siete de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

Ha subido a este Despacho, en apelación interpuesta por el demandante, el auto interlocutorio número 58, dictado por la Sala Civil de Decisión del H. Tribunal de Cali, de fecha 30 de abril del año en curso, por el cual se deniega la admisión de la demanda presentada por el señor Vicente López Gómez contra el Departamento del Valle del Cauca, relacionada con el deslinde y amojonamiento de un predio ubicado en la ciudad de Cali.

El 6 de diciembre de 1954 el mencionado ciudadano, por medio de apoderado, pidió en su libelo "deslinde y amojonamiento del lote, cuyo dominio pleno y posesión regular demuestra el título y certificado de Registro adjuntos... para que en la debida diligencia ameritada, se fijen mojones que señalen los linderos Norte y Occidente del predio de mi mandante..." (Cuaderno 1, f. 30).

El predio urbano a que se refiere el actor se halla comprendido dentro de uno de mayor extensión que poseía el Departamento del Valle del Cauca, en el momento de la demanda, dentro de los siguientes linderos, en el Barrio de San Fernando en Cali: "al Oriente con la Avenida Tres de Julio; al Sur, carretera al medio, con predio de Dilia Gualtero de Santamaría, hoy urbanización de Santa Isabel; al Occidente con lote cercado y cedido por el Municipio de Cali para cársel (sic) de 'El Buen Pastor'; y al Norte con lote cercado y cedido por el Municipio de Cali para Hospital Departamental".

En apoyo de su petición, presentó los siguientes documentos:

1)—Escritura pública número ochocientos setenta y nueve (879) de fecha diez y nueve (19) de agosto de mil novecientos treinta y nueve (1939), corrida en la Notaría Primera de Cali, por la cual Vicente López Gómez y Eugenio Santamaría S., permutan unos predios, el segundo de los cuales es materia del juicio.

2)—Dos certificados del Registrador de Instrumentos Públicos del Círculo de Cali, fechado el primero el 8 de septiembre de 1949 y el segundo el 8 de septiembre de 1948 relacionados con los mismos lotes permutados.

3)—Copia auténtica de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali —Sala de lo Civil— de fecha 15 de junio de 1945, proferida en la demanda del señor Vicente López Gómez contra el doctor Alfonso Garrido T. y el Departamento del Valle del Cauca, en acción reivindicatoria, por la cual se absuelve a los demandados.

4)—Copia auténtica de las declaraciones rendidas ante el citado Tribunal por los señores Julio I. Candelo, Manuel Antonio Franco y Jorge Hernando Chaves, dentro del juicio mencionado en el punto anterior.

5)—Escritura pública número trescientos doce (312), de fecha veintisiete (27) de octubre de mil novecientos cinco (1905), corrida ante el Notario Segundo del Circuito de Cali, por medio de la cual el Presidente del Concejo Municipal de Cali protocoliza dos cuadernos que contienen documentos antiguos relativos a los ejidos de la ciudad de Cali.

6)—Copia de la parte inicial de la sesión del H. Concejo Municipal de Cali del día 28 de noviembre de 1890, y del ordinal 4º de dicha acta, folio 98 del Libro de Actas del año de 1890 que contiene un informe "con respecto a terrenos de ejidos".

7)—Copia auténtica de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali —Sala Civil de Decisión— de fecha 6 de marzo de 1951,

proferida en la demanda del señor Vicente López Gómez contra el Departamento del Valle del Cauca, en acción reivindicatoria, por la cual se absuelve al demandado.

En lo que se relaciona a los Hechos, el demandante hizo la siguiente exposición:

"1º—Por escritura número 879 de la Notaría 1ª de Cali, de 19 de agosto de 1939, transfirió el señor Eugenio Santamaría a favor del señor Vicente López Gómez, tanto el dominio pleno como el aseguro de posesión del lote de menor extensión a que se refiere el certificado de los señores Alcalde y Secretario, protocolizado e insertado a folios 2 vuelto del citado título adjunto; ubicado dicho lote en el barrio de San Fernando de Cali "comprendido dentro de los linderos trascritos arriba" y "cedido por el Municipio de Cali para Hospital Departamental, según artículo 14 del Acuerdo número 86 (sic) del H. Concejo Municipal de Cali, publicado en Gaceta Municipal de mayo 15 de 1945".

"2º—Dicho artículo 14 dice: 'Cédense al Departamento del Valle del Cauca todos los derechos y acciones que al Municipio de Cali le correspondan en el lote de terreno ocupado con las construcciones destinadas a Hospital Departamental. Y facúltase al Personero para que otorgue la escritura respectiva'.

"3º—Los derechos cedidos, en la forma expresada, están determinados por dichos funcionarios, en el certificado insertado a fls. 2 vto. del título adjunto, según el cual se formó una sociedad de hecho para la especulación lícita de trasladar los adoberos del lote que éstos explotaban en San Fernando a otro lote aportado para dicha especulación por el citado señor Santamaría, ubicado en Siloé; y el Municipio de Cali aportó alambre de púas y postes de guadua con que dicha sociedad cercó el lote de mayor extensión a que dicho certificado se refiere, agregando en su ordinal C) que ambos socios repartieron sendas utilidades en el sentido de que el Municipio de Cali disfrutaría de todas las utilidades de la expresada especulación, si cumplía la condición de respetar la posesión del lote de menor extensión a que dicho certificado se refiere, cuyo legítimo dominio se reconoce en los ordinales d), e) del mismo certificado.

"4º—Acompaño (fls. 13 a 16) tres testimonios oculares y acordes en el hecho de haber sido violada la condición de respetar la posesión del lote de menor extensión, o sea, el transferido por el señor Santamaría al señor López G., por medio de obreros pagados con fondos del cesionario de socio obligado a respetar, tanto las cercas qu servían de mojones, como la puerta remitida a l bodega del invasor, 'para que se le entregue a s dueño, si la reclama'.

"5º—Acompaño (fls. 10) la sentencia que or dena archivar como absurda la acción de repone dichas cercas en sendos lugares en que servía de mojones, en lugar de acceder el demandado y la autoridad a lo dispuesto al respecto en los artículos 423 —C. Penal— y 901 —C. Civil—.

"6º—Durante la citada acción prescribió la del despojo que el causahabiente del socio Municipio de Cali le hizo al causahabiente del socio Santamaría, lo cual generó juicio ordinario de reivindicación, fallado por esa H. Superioridad en el sentido de expresar que el señor López G. demostró ser dueño del lote que reclama, como ubicado entre dos vías públicas que le sirven de linderos Oriente y Sur, pero que su acción no puede prosperar hasta que se identifiquen sus linderos Norte y Occidente, o sea, las cercas destruídas a mano armada de obreros pagados con fondos del demandado, a quien se le absolvió otra vez de reponer las cercas que servían de mojones, porque la escritura aducida por el actor, para demostrar la cesión del Municipio de Cali al demandado, no expresa lindero alguno; por lo cual no demuestra que éste esté poseyendo el lote reclamado (fls. 22 adjunto).

"7º—Como consecuencia de no poderse reivindicar lo que se toma a mano armada de obreros pagados con fondos oficiales, para que destruyan las cercas que servían de mojones de dichos predios y guarden la puerta del predio despojado en la bodega del invasor, 'para que se le entregue a su dueño, si la reclama'; se impone entre dichas partes un juicio de deslinde y amojonamiento, respecto al lote de menor extensión a que dicho certificado se refiere; y un juicio de división material del lote de mayor extensión, entre los citados causahabientes de los dos socios que lo cercaron, si en el deslinde y amojonamiento del lote de menor extensión, no se llegare a ningún acuerdo entre dichos causahabientes de los socios expresados".

En derecho se fundó el demandante en los artículos 862 a 871 del Código Judicial y 764 del Civil.

La Sala Civil Unitaria del Tribunal a quo, por auto del 13 de enero del año en curso, admitió la demanda y ordenó correr el traslado al Gobernador del Valle del Cauca, quien la descorrió sin

ntestación (ib. f. 31). El Magistrado sustanciador, por auto de 24 de marzo último, señaló la echa y la hora para la diligencia de deslinde y mojonamiento, la que tuvo lugar conforme lo rdenado. Durante ella el representante del Gobernador presentó los siguientes documentos:

1.—Copia de la escritura pública número cuarocientos cincuenta y seis (456), de fecha diez y siete (17) de marzo de mil novecientos treinta y nueve), de la Notaría 2ª del Circuito de Cali.

2.—Copia de la escritura pública número un mil doscientos veinte (1.220)), de fecha quince (15) de junio de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), de la Notaría Tercera del Circuito de Cali, la primera por la cual el Municipio de Cali traspasa a la Junta Directiva del Hospital Departamental un lote de terreno determinado por los linderos allí fijados, y en la segunda, por la cual el Personero Municipal de Cali ratifica la cesión del lote a que se refiere la número 456 antes citada.

3.—Copia de la escritura pública número un mil novecientos veintiuno (1.921), de fecha once (11) de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), de la Notaría Tercera de Cali, por la cual el Municipio de Cali aclara la escritura número 1.220 antes citada.

Por dichos instrumentos el señor Personero Municipal de Cali transfiere al Departamento del Valle del Cauca y a la Junta Directiva del Hospital Departamental el predio comprendido dentro de los linderos citados en dichas escrituras.

Pero en ese estado del juicio, la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior de Cali advirtió que "por ser éste (el juicio) de los que el Tribunal conoce en primera instancia, y en segunda la H. Corte Suprema de Justicia, debe proferir las providencias que sean apelables ante la Corte toda la Sala Civil de Decisión, de conformidad con el artículo 87 del C. Judicial", y por auto de 21 de abril pasado declaró sin valor las actuaciones anteriores y las providencias dictadas por la Sala Unitaria, tales como el auto admisorio de la demanda, los que reconocieron personería a las partes, el que decreta pruebas y la diligencia de deslinde, ordenando proferirlas y practicarlas nuevamente con intervención de toda la Sala, como es de Ley (ib. f. 55).

Iniciado, pues, de nuevo el conocimiento, la Sala Civil de Decisión del Tribunal, resolvió denegar la admisión de la demanda, por auto de fecha 30 del mismo mes, y ordenó cancelar el registro de la misma que en anterior ocasión se había mandado, así como la de la radicación del negocio, archivando lo actuado, y devolviendo al demandante los documentos y piezas de su propiedad "por estimación incompleta de los elementos jurídicos procesales de la acción" (ib. f. 60).

El apoderado de la parte actora apeló de dicho auto, como está dicho arriba, y es por ello por lo que ha subido a este Despacho.

Para resolver, **Se considera:**

El Tribunal **a quo,** para denegar la admisión de la demanda, se expresa como sigue:

"Condición de procedencia de toda acción de deslinde de predios.... es que éstos se **posean materialmente** por sus respectivos dueños... Pero si uno de los lotes para los cuales se pide el deslinde, sólo existe en títulos que no determinan siquiera su cabida exacta, sino que la deja indeterminada y dudosa, y en su posible realidad material se halla comprendido... en la cabida de lote mayor poseído materialmente por el demandado, la acción de deslinde no puede tener procedencia legal... La ley dice al respecto que quien desee que por la justicia se delinde el predio en que tiene el dominio u otro derecho principal de que **está en posesión regular,** y se fijen mojones que **señalen los linderos,** debe presentar demanda acompañada del correspondiente título y demás pruebas en que funde su derecho (artículo 862 del C. Judicial)". "De modo que, como se ha dicho, debe tratarse de un predio de que uno es dueño y de que se halla en el momento de instaurar la demanda en **posesión regular**...".

El recurrente, a su vez, para sustentar la apelación hace una extensa historia sobre las vicisitudes del demandante, en la que pretende demostrar la posesión de su cliente sobre el lote y su derecho, afirmando al mismo tiempo que fue despojado de él "por mera obra de violencia a mano armada" (cuad. 2, f. 4), alegando disposiciones del Código Penal para pedir la revocatoria del auto recurrido.

Dice además el apoderado del actor que se denegó la admisión de la demanda contra lo dispuesto por los artículos 764 del Código Civil y 862 del Judicial: "Este exige —agrega— la posesión regular de un derecho real, y aquél reza que la posesión regular es la que proviene de justo título, el cual fue aducido con su debido certificado de Registro que reúne los requisitos exigidos por ambos artículos citados".

A este respecto la Corte ha dicho: "No debe confundirse la posesión regular del derecho de dominio, conferida en abstracto por la escritura

pública y su registro, con la posesión real de la cosa misma a que ese derecho abstracto se refiere". (Auto de 10 de mayo de 1890, GACETA JUDICIAL XIV, 200), y, en otra providencia la misma dijo: "El dueño y poseedor regular de una cosa puede dejar de ejecutar actos posesorios sin peligro de perder su posesión, mientras otros no los ejecuten sobre la misma cosa. Desde que otro ejerce hechos o actos posesorios sobre cosa ajena, se pone el dueño, si no los impide por los medios legales que la ley pone en sus manos para ello, en camino de perder el dominio de lo que le pertenece". (Casación, 20 de octubre de 1913, GACETA JUDICIA XXIII, 223).

La demanda de deslinde y amojonamiento, sin que demuestre el demandante la posesión material del lote que pretende deslindar, no puede, en ningún caso, prosperar. Y está demostrado el expediente que se estudia, todo lo contrari el demandante no tiene la posesión material d predio, por haber sido despojado de él, desde a tes de la demanda, "por mera obra de la violei cia a mano armada", como él mismo se encarg de afirmarlo.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justici Sala de Negocios Generales, CONFIRMA el aut apelado.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACET 1913, GACETA JUDICIAL, XXIII, 223).

El Magistrado **Roberto Goenaga**—El Secretario **Jorge García Merlano.**

UEJA CONTRA UN ABOGADO POR FALTAS CONTRA LA ETICA PROFESIO-AL.—EL REQUISITO DE LA CAUCION DEL ARTICULO 17 DE LA LEY 69 DE 1945

1.—El requisito de la caución a que se refiere el parágrafo 2º del artículo 17 de la Ley 69 de 1945 se contrae exclusivamente a las demandas instauradas por cualquier ciudadano en ejercicio de la acción pública consagrada por el mismo artículo.

2.—La acción pública consagrada por el artículo 17 de la Ley 69 de 1945, la cual sólo puede ventilarse ante la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, justifica plenamente la medida de la caución, no así en los otros casos de los artículos 8º y 9º de la misma Ley en que no hay acción pública abierta a los interesados, pero sí existe autorización para el procedimiento oficioso por parte de los Tribunales, como lo ha venido exponiendo esta Sala en diversos fallos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales—Bogotá, veintitrés de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga)

Ha subido a la Corte, en consulta, la sentencia del H. Tribunal del Distrito Judicial de Barranquilla, de fecha 8 de agosto del año en curso, por la cual se absuelve al abogado don Adalberto Reyes Olivares, mayor y vecino de Barranquilla, de los cargos que le formulara el ciudadano Daniel Preciado González, mayor y vecino de Bucaramanga, por "falta contra la ética y la honradez profesionales", y se deniega una solicitud de caución.

Este juicio de queja tuvo origen en la que presentara desde Bucaramanga el ciudadano mencionado contra el abogado doctor Reyes Olivares, en escrito posteriormente ratificado, por orden del Tribunal, por el denunciante. (Cuad. 1, ff. 1, 2, 3, 8 y 9).

Los hechos, en síntesis, son los siguientes:

El querellante se quejó ante el Tribunal Superior de Barranquilla de que el acusado, a quien había solicitado servicios profesionales para cobrarle al señor Guillermo Cristancho G., de Barranquilla, la suma de $ 900.00 moneda corriente, no le había remitido hasta la fecha de la denuncia sino la cantidad de $ 400.00, no habiendo sido posible que remitiera el saldo, a pesar de los reclamos que le habían hecho tanto el dueño del dinero como el doctor Domingo Arenas Serrano, desde Bucaramanga, habiendo sido este último apoderado del denunciante, quien le sustituyó el poder al abogado acusado.

El Tribunal **a quo** le dio a la querella el procedimiento de rigor, o sea el indicado en los artículos 8 y concordantes de la Ley 69 de 1945 sobre ejercicio de la abogacía, y en tal virtud, previamente ratificada la queja, como está dicho, ordenó la práctica de las siguientes diligencias, visibles al folio 11 del primer cuaderno:

"a) Traer al informativo copia debidamente autenticada del Acuerdo por medio del cual fue admitido como abogado el doctor Adalberto Reyes Olivares, y certificación sobre la vigencia de la matrícula correspondiente".

Aparece a folios 18 y 19 del mismo cuaderno, que estos requisitos fueron satisfechos.

"b) Recibirle al doctor Adalberto Reyes Olivares declaración juramentada sobre los cargos que le formula el citado señor Preciado en la carta a que se refiere el primer aparte de esta providencia".

A este respecto el declarante relata cómo sucedieron los hechos. Dice no conocer a Preciado, pero que le ha prestado servicios profesionales por poderes que le sustituyó el doctor Domingo Arenas Serrano. Que el señor Guillermo Cristancho le firmó letras por valor de $ 900.00 moneda corriente, de las cuales pagó $ 500.00 antes del 4 de julio del año en curso. Que de esa suma y por orden del doctor Arenas Serrano le entregó $ 400.00 a la señora Sol María Santos de Acosta, en Barranquilla, suma que el mismo doctor Arenas le entregaría a Preciado, lo que fue hecho. Que los $ 400.00 restantes sólo vino a recibirlos el precitado 4 de julio y que, previa de-

ducción de sus honorarios, le había remitido el saldo al doctor Arenas Serrano para que los entregara a Preciado. Que el doctor Arenas acusó recibo a su satisfacción, como aparece de las cartas que acompaña, y que también el querellante le envió recibo, que también acompaña, por la suma, descontados los honorarios, declarando al abogado Reyes Olivares en paz y a salvo para con él. (Ib. ff. 28, 29, 40 y 41).

"c) Recibirle declaración jurada al señor Guillermo Cristancho, propietario de la Cafetería 'Oro Negro' de esta ciudad, para que exponga lo que le consta en relación con la entrega de novecientos pesos ($ 900.00) que le hiciera al doctor Reyes Olivares como apoderado del señor Rafael Preciado y por el motivo a que el último de los nombrados refiérese en su carta denuncia".

El señor Cristancho, en su declaración, confirma lo dicho por el abogado agregando que éste lo urgía para la cancelación de la deuda, porque así se lo solicitaban Preciado y el doctor Arenas Serrano, desde Bucaramanga.

"d) Solicitar certificación jurada al doctor Domingo Arenas Serrano, actual Magistrado del H. Tribunal Superior de Bucaramanga, para que exprese todo aquello que le conste en relación con la cita que de él hace en su denuncia el señor Rafael Preciado".

El doctor Arenas Serrano, en certificación jurada, confirma lo dicho por el acusado sobre sustitución de poderes; sobre el cobro de los $ 900.00 a Cristancho; sobre los $ 400.00 pagados antes del 4 de julio último; y sobre el pago del saldo, agregando, en carta dirigida al acusado, el 13 del mismo mes, lo siguiente: "Lamento que este negocio hubiera tenido tantas incidencias molestas para usted, lo cual no es raro en el ejercicio de la profesión de abogado; pero en fin, el resultado fue satisfactorio para el señor Preciado, quien creo que aceptará todo como bueno". (Ib. ff. 33, 34 y 38).

Antes de que el Tribunal fallara, el abogado Reyes Olivares pidió en memorial visible al folio 39, que le exigiera al denunciante Preciado que prestara caución para responder de los perjuicios que pueda causar la demanda temeraria, al tenor de lo dispuesto por el artículo 17, parágrafo 2º, de la Ley 69 de 1945.

El señor Fiscal 2º del Tribunal Superior de Barranquilla pidió sentencia absolutoria en su concepto de fondo. (Ib. f. 42).

El Tribunal, en sentencia de 8 de agosto pasado, oído el Ministerio Público, absolvió al abogado de los cargos formulados contra él "por estimar que ellos no constituyen faltas leves contra la delicadeza o el decoro profesionales, ni graves cometidas en el ejercicio de su profesión de abogado", y no accedió a la solicitud de caución que había pedido el acusado. (Ib. folios 44 a 51).

Satisfechos como están todos los requisitos legales en este juicio, la Sala de la Corte procede a fallar, previas las siguientes consideraciones:

El señor Procurador Delegado en lo Civil, en concepto que obra a folios 4 y 5 del segundo cuaderno, manifiesta claramente que el señor Preciado "se apresuró a dirigir su queja en contra del doctor Reyes Olivares", lo que está confirmado por las declaraciones del deudor Cristancho, del acreedor Preciado, del doctor Arenas Serrano y del mismo acusado, y concluye pidiendo que se confirme la sentencia.

Pero antes de fallar, la Corte debe detenerse sobre la solicitud de caución que le hiciera el acusado al Tribunal a quo y que éste denegó, por la importancia que entraña esa cuestión. A este respecto la Sala halla plenamente justificado el análisis que hizo el Tribunal sobre la materia y considera conveniente reproducir, como lo hace, las partes principales de aquel estudio, que dicen:

"El doctor Reyes Olivares, a su vez, en escrito fechado el 18 de julio último, solicita que se le dé aplicación a lo dispuesto en el parágrafo 2º del artículo 17 de la Ley 69 de 1945, que dice: 'El actor en esta clase de demandas deberá prestar caución, que estimará el ponente, para responder de los perjuicios que pueda causar una demanda temeraria'.

"La Sala considera —contrariamente a la opinión del doctor Reyes Olivares— que el requisito de la caución a que se refiere el citado parágrafo segundo se contrae exclusivamente a las demandas contempladas en el artículo 17 de la Ley 69 de 1945 y a su parágrafo 1º. En efecto, el tenor literal del parágrafo 2º, es claro: 'esta clase de demandas...' ¿Cuáles? Pues sencillamente las instauradas por cualquier ciudadano en ejercicio de la acción pública consagrada por el citado artículo 17. Las otras demandas son aquellas provenientes de 'parte interesada', a que refiérense los artículos 8º y 9º de la misma ley, porque cuando los Tribunales proceden de oficio, según la atribución que los dos últimos artículos citados les confieren, es claro que no existe, como es obvio, lo que procesalmente se entiende por

parte interesada'. La caución indicada por el parágrafo 2º del artículo 17 es una medida de garantía, un dique a los abusos que puedan tratar de cometerse al amparo de la acción pública, tuteladora de los intereses sociales en general. En cambio la exigencia de la caución a la 'parte interesada', vale decir, a la persona que se estima lesionada por el hecho indelicado o indecoroso de un determinado abogado con ocasión del ejercicio profesional, podría conducir a la aberrante situación de que muchas de tales faltas quedaran sin sanción, ya que en no pocos casos la víctima, por insolvencia económica, se vería reducida a la impotencia frente al perjuicio sufrido". (Cuad. 1, folios 49 y 50).

Agrega la Sala, para mayor claridad de la doctrina expuesta en el fallo consultado, que la acción pública consagrada por el artículo 17 de la Ley 69 de 1945, la cual sólo puede ventilarse ante la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, justifica plenamente la medida de la caución, no así en los otros casos de los artículos 8º y 9º de la misma Ley en que no hay acción pública abierta a los interesados, pero sí existe autorización para el procedimiento oficioso por parte de los Tribunales, como lo ha venido exponiendo esta Sala en diversos fallos.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, oído el señor Procurador Delegado en lo Civil y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la sentencia consultada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Sin costas por no haberse causado.

Aníbal Cardoso Gaitán—Luis Enrique Cuervo Aráoz—Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara. Jorge García Merlano, Secretario.

OCUPACION DE TERRENOS DE PROPIEDAD PRIVADA POR LA NACION CON OCASION DE TRABAJOS PUBLICOS. — REIVINDICACION. — COMPETENCIA.— PRUEBA DEL DOMINIO PRIVADO DE LAS ZONAS OCUPADAS

1.—En sentencia de Sala Plena de 20 de junio de 1955, se sentó inequívocamente la doctrina de que las acciones indemnizatorias por trabajos públicos, con motivo de la ocupación permanente de la propiedad privada por la administración, son de la competencia de la justicia ordinaria, por disponerlo así la propia Carta, sin que la ley pueda atribuir a las autoridades de lo Contencioso Administrativo el conocimiento de tales acciones.

2.— "La jurisprudencia ha estado de acuerdo en admitir como única prueba exigible en juicios de reivindicación para acreditar el dominio de los inmuebles, el respectivo título debidamente registrado, ya que sería absurdo y hasta exagerado pedir, además, el certificado de que habla el artículo 635 del Código Judicial, formalidad de excepción que debe estar circunscrita a los casos en que así lo dispone de manera expresa el mismo Código de Procedimiento, o cuando las circunstancias así lo exijan.

En el caso sub judice, por tratarse de un caso especialísimo, en que el predio objeto de reivindicación se dice ocupado por la Nación se encuentra en terrenos que ésta declaró pertenecerle como baldíos, por estar situado en una isla del río Magdalena, estima el Tribunal que dicho certificado, así como los títulos inscritos y registrados que comprueba la tradición del dominio alegado, se hace necesario allegarlos a los autos por el actor, cosa ésta que aquél cumplió a satisfacción, puesto que sólo de esa manera llegaría a demostrarse aquellos requisitos exigidos por el art. 7º de la Ley 200 de 1936 a que se acoge el actor para alegar el dominio privado del inmueble objeto del reclamo". (Sentencia del Tribunal).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, noviembre veinticuatro de mil novecientos cincuenta y cinco.

Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A.

Resultando:

1.—Los sucesores testamentarios de don Francisco Carbonell Wilches demandaron en juicio ordinario a la Nación para que se reconociera que pertenece a los bienes de su causante, el dominio de un terreno denominado "La Loma" cuya determinación se copiará adelante, comprendido por el área urbana de Barranquilla; que en consecuencia la parte demandada, como actual poseedora, debe restituir materialmente aquel terreno y, si no pudiere hacerlo por estar destinado a las obras del terminal fluvial, la parte que estuviere fuera de tales obras se restituya como se ha dicho, y lo demás que se pague por su justo valor, conforme a la ley.

2.—La demanda, presentada en el Tribunal mediante poder a un abogado inscrito el 17 de septiembre de 1951, trae su relación de hechos que puede compendiarse así:

a) **El terreno litigioso, su ubicación y linderos.** Por el Norte mide formando ángulo, de la orilla del caño hacia el Este, cien (100) metros y de ese punto, vértice del ángulo, ciento setenta y seis (176) metros hasta llegar a los terrenos de la señora Candelaria Bula de Manjarrés y linda con terreno que el exponente (Miguel Angel Bula) vendió a los señores Enrique Sánchez A. y Napoleón Salcedo Cotes; por el Sur mide cuarenta y siete (47) metros y linda con parte de los terrenos de la señorita Mercedes Bula; por el Este mide noventa y ocho (98) metros con veinticinco centímetros (25) y está alinderado por una parte con terrenos de la señora Candelaria Bula de Manjarrés y por otra parte con el terreno de la señorita Mercedes Bula, de que se hizo mención; por el Oeste mide por la orilla del caño, setenta y cinco (75) metros con ochenta y ocho (88) centímetros, de este punto que toca con terreno que es del señor Manuel Betancourt hasta llegar al terreno de la señorita Mercedes Bula, mide ciento treinta (130) metros con sesenta y seis (66)

entímetros y está alinderado con el caño de Las Compañías y con terrenos que fueron de V. Dugand e Hijo, de Martínez & Cía. y que es del señor Manuel Betancourt".

b) Ocupación por el Gobierno.

El Decreto Ejecutivo número 2210 de 1932 declaró baldío o de propiedad del Estado el terreno que se comprende por las medidas y linderos allí señalados; los últimos rezan: "Por el Norte, el río Magdalena; por el Sur, el caño denominado de Los Tramposos; por el Este el mismo río Magdalena, y por el Oeste el caño denominado de Las Compañías (también llamado de La Tablaza"). Sólo se exceptuó una faja situada en el lindero norte que se dejó en poder de particulares. Por medio de la Resolución número 223 de 1932, el Ministerio de Industrias conforme a lo previsto en el citado Decreto 2210 del mismo año, cambió la calidad de baldío al referido globo de tierras, por la de un bien fiscal del Estado, consumándose en esta forma, según pretende la demanda, el desconocimiento del dominio que corresponde a los sucesores del señor Carbonell Wilches, porque las tierras de "La Loma" quedan comprendidas en la zona ocupada por el Gobierno, quien la destinó primero para las obras del terminal fluvial de Barranquilla, y posteriormente, según los Decretos Ejecutivos números 1795, 3020 y 3714 de 1947, para servicio del ejército aunque sólo en parte. Que cuando se expidió el Decreto 2210 de 1932 al referirse a la isla situada en la banda occidental del río Magdalena, no debe entenderse que se trata de una isla formada allí naturalmente, porque, si ha tenido alguna vez esa figura geográfica, ha sido por obra del hombre, pues los canales que la circundan fueron hechos con dragas y otros elementos, de tal suerte que las aguas fueron llevadas artificialmente y fueron también necesarios dragados periódicos para la conservación de dichos canales.

c) **Origen del dominio privado.**—El causante Francisco Carbonell Wilches compró el terreno del pleito, al señor Miguel Angel Bula, mediante escritura número 253 otorgada el 26 de enero de 1920 en la Notaría 2ª de Barranquilla, cuya primera copia auténtica se registró el 6 de marzo siguiente; dicho terreno es el mismo de "La Loma" encerrado por los linderos atrás copiados, que forman un polígono irregular. El 15 de mayo de 1931 murió el señor Francisco Carbonell Wilches, y al abrirse y publicarse su testamento cerrado por el señor Juez 3º Civil del Circuito de Barranquilla, según diligencias que fueron protocolizadas en la Notaría 2ª de dicha ciudad el 28 de mayo del mismo año por escritura número 738, quedaron instituídos como herederos los señores José Manuel Carbonell González, Galo y Gustavo Carbonell Barros, y las señoras Beatriz Carbonell de Blanco, María Carbonell de Roncallo, Elena Carbonell de Santodomingo, Isabel Carbonell de Jaramillo, María Antonia Carbonell de Hernández, Sara Carbonell de Ballestas, Joselina Carbonell de Lapeira, Francisca Carbonell de Ballesteros, y también la señora Elvira Carbonell de Henao, esta última por representación de su legítimo padre, anteriormente fallecido, señor Rafael Carbonell González. Todos estos herederos fueron reconocidos por el Juez de la causa testamentaria, y también lo fue, en calidad de cónyuge sobreviviente, la señora Francisca Barros v. de Carbonell. Dichas personas son mayores de edad, vecinas de Barranquilla, y han obrado conjuntamente en la presentación de la demanda por medio de apoderado. A su muerte, el señor Francisco Carbonell Wilches estaba en la posesión tranquila, pacífica y no interrumpida, del terreno a que se refiere el pleito, posesión que ejercía por medio de hechos que implican la explotación del suelo con un establecimiento industrial que allí mantuvo hasta poco antes de su muerte. Y estando sin liquidar su causa mortuoria la Nación se apoderó del inmueble referido a fines del mes de diciembre de 1932. La demanda relaciona en detalle la cadena de títulos de los antecesores en la posesión del señor Miguel Angel Bula, vendedor de don Francisco Carbonell Wilches hasta llegar al señor Manuel María Bula quien la adquirió de los primeros cultivadores establecidos antes de 1894.

3.—Con la demanda se presentaron además de los poderes las escrituras públicas en donde consta la tradición del dominio que acaba de resumirse, el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Barranquilla, complementario de dichos títulos, y en que figura como vigente la inscripción del que sirvió al causante de los actores para adquirir el terreno, y además, copias auténticas del plano urbano de Barranquilla levantado en 1944 por las empresas públicas municipales, con su cartilla explicativa de la nomenclatura de la ciudad; el plano urbano de la misma, levantado por las empresas públicas en 1950, con nota explicativa de la razón

por la cual el caño denominado de Los Tramposos o canal "B" no aparece en contacto con el río Magdalena; el plano levantado por los ingenieros Marthe & Prieto N., en agosto de 1948 referido al plano oficial de Barranquilla levantado en 1920 por la Casa Gehbardt & Compañía, que muestra cómo eran las orillas o linderos naturales de los terrenos "La Loma", de la ciudad de Barranquilla, antes de 1932, que fue el año en que el Gobierno Nacional ocupó tales terrenos. Igualmente aparece la referencia con el plano levantado por el Instituto Nacional de Malariología en 1946, que muestra cómo quedaron dichos terrenos después de que el Gobierno comenzó en ellos las obras del puerto local, y también referencias al plano de la familia Bula Ojeda levantado por el ingeniero Antonio Luis Armenta. Finalmente copia del plano oficial de Barranquilla levantado en 1920 por los ingenieros ya nombrados Gehbardt & Compañía.

4.—La demanda, así aparejada, fue admitida por auto del Tribunal Superior de Barranquilla de fecha 24 de septiembre de 1951 con la única salvedad de no admitir la representación de la señora Francisca Barros viuda de Carbonell, por haberse encontrado el poder sin la nota de presentación personal de dicha señora. Mas superada esa dificultad según se anota en el auto de 29 de octubre de 1951, el Tribunal acabó por admitir la representación de la cónyuge sobreviviente y el negocio pasó en traslado al señor Fiscal 2º del Tribunal Superior de Barranquilla quien lo contestó en escrito del 26 de noviembre del citado año, oponiéndose a las pretensiones de la misma y negando la mayor parte de los hechos. Abierto el juicio a prueba se practicaron varias pertinentes y recibidos los alegatos de las partes el Tribunal dictó sentencia de primera instancia el 8 de abril de 1954, mediante la cual declaró como de propiedad privada y perteneciente a la sucesión testamentaria del señor Francisco Carbonell Wilches, representada en este juicio por los demandantes, el terreno materia del litigio determinado por los linderos que expresa la demanda. Condenó a la Nación a pagar a la mortuoria testamentaria del finado señor Carbonell Wilches, en cabeza de los herederos que figuran en este juicio, el valor del terreno, materia del reconocimiento que hace el primer punto del fallo, con obligación a cargo de los demandantes de transferir a la Nación mediante pago de aquel valor, el derecho de dominio, otorgando la correspondiente escritura. Agrega el punto segundo de la sentencia que la regulación del valor del predio, que deberá pagar la parte demandada, se hará mediante el procedimiento señalado por el artículo 553 del Código Judicial y teniendo en cuenta las bases señaladas en la parte motiva del fallo. Se absuelve a la Nación de las demás peticiones de la demanda y no se hace condenación en costas. Finalmente se ordena la consulta del fallo con el superior si no fuere apelado.

5.—En la parte motiva de su sentencia el Tribunal hace un estudio cuidadoso de los hechos y de sus pruebas encontrando justificadas las alegaciones de la demanda. En cuanto a su competencia estimó que ella se funda en la norma consagrada por el ordinal 1º del artículo 76 del Código Judicial y en los artículos 30 y 33 de nuestra Carta, "conforme a los cuales —dice— es al Poder Judicial o justicia ordinaria y a los Tribunales Superiores de Distrito en primera instancia, a quienes corresponde conocer de las cuestiones relacionadas con la propiedad privada y en que tenga parte la Nación, en cuanto aquélla puede ser necesaria para servicio de utilidad pública o interés social. A este respecto la H. Corte Suprema de Justicia, en repetidos y constantes fallos proferidos en negocios similares al presente, ha dejado plenamente definida esta cuestión, la cual releva al Tribunal para ahondar más en estas cuestiones relativas a la competencia que pueda tener el Tribunal para decidir el objeto del presente litigio".

6.—Notificado el fallo ambas partes apelaron y el recurso les fue concedido mediante auto proferido el 27 de abril de 1954, por cuyo efecto vino el negocio a la Corte donde se surtió la actuación propia de la segunda instancia. Durante ella se abrió el negocio a prueba y se practicó una segunda inspección ocular con intervención de peritos mediante comisión conferida al mismo Tribunal de origen y, recibidas las alegaciones de conclusión ha llegado el momento de decidir, para lo cual,

Se considera:

La razón que tuvo la parte demandante para sostener su recurso, se funda en que considera que el avalúo del terreno reconocido como de propiedad privada de la sucesión del señor Francisco Carbonell Wilches, a cuyo pago fue condenada la Nación, no debe remitirse al procedimiento del art. 553 del Código Judicial, como se ordena en la sentencia apelada, sino que la Corte debe ha-

r el justiprecio basándose en los resultados de s pruebas recibidas en la primera instancia y mplementadas por las pruebas recibidas en la gunda. Dice el señor apoderado en su alegato: "En el juicio está plenamente demostrado el erecho de dominio que tienen los actores en el te objeto de la querella; la posesión material ue sobre el mismo ejercita la entidad pública emandada; e igualmente aparece aquél identiicado en debida forma. Así lo reconoce expresanente el fallo, y fundado en tales presupuestos izo las declaraciones y condenaciones consiuientes. De ahí que resulte inútil insistir en la resente oportunidad en la demostración de estos xtremos de la litis y en las consecuencias que de ellas dedujo el **a quo** al hacer la declaración de dominio en favor de los actores y la consiguiente condenación a cargo del Estado, tanto más cuanto que en ocasiones anteriores, esa H. Corte se ha pronunciado en el mismo sentido en varios fallos dictados con ocasión de los litigios promovidos por otros propietarios de los mencinados terrenos de "La Loma", a quienes igualmente se les amparó en sus derechos lesionados por la actividad de la administración nacional. Ahora bien: el fallo materia del recurso dispone que se haga la regulación del valor en dinero que debe cubrir el Estado, abriendo el incidente previsto en el artículo 553 del Código de Procedimiento Civil, pues consideró insuficientemente explicado el justiprecio que hicieron los peritos en la primera instancia del juicio, por varias razones que en el fallo se expresan. Pero es lo cierto que en ese avalúo, en el cual existió perfecto acuerdo entre los expertos que en él intervinieron, se determinó el área de 21.429 metros cuadrados, cuyo precio fue estimado en la cantidad de cinco pesos ($ 5.00) (sic) moneda corriente cada uno. Esta estimación se hizo teniendo en cuenta los avalúos atribuídos a los lotes próximos al que fue materia del experticio, la situación de los terrenos y el desarrollo comercial de la zona (C. 3º, fls. 37 y ss.). Este peritazgo, abundantemente fundado y explicado como está, constituye plena prueba, al tenor del artículo 721 del Código Judicial; de suerte que no estaba dentro de las facultades del Tribunal desatenderlo como lo hizo, sin razón valedera. El precio de cinco pesos ($ 5.00) (sic) por cada metro cuadrado asignado por los peritos resulta, por tanto invariable y debe mantenerse. En la última instancia se repitió la mensura de las áreas; pero nada se dijo en relación al precio, por lo cual —y teniendo en cuenta el anteriormente fijado—, claro es que basta una simple operación aritmética para que la Corte proceda a señalar en concreto la cifra de la condenación. En cuanto a la deducción por la valorización que hubiere tenido el lote de terreno de que se trata, no habiéndole señalado los peritos, es entonces el caso de aplicar —como en otras ocasiones lo ha hecho la Corte, la regla del artículo 268 del Código de lo Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941)—. Otra solución entrañaría dilatar, sin objeto práctico alguno, la solución del litigio contrariando las más elementales nociones de economía procesal".

La Sala encuentra que los argumentos expuestos por el señor apoderado de los actores, tendientes a modificar esa parte de la sentencia, no son concluyentes; para demostrar con cuánta facilidad se puede incurrir en una ligereza involuntaria al hacer las operaciones sugeridas, bastaría anotar que aquél entendió haberse estimado el valor del terreno litigioso a razón de $ 5.00 por metro cuadrado cuando es lo cierto que el dictamen de los peritos señores Federico Lux y Carlos Castellanos reza:

"El área total del terreno reclamado por los demandantes es de 21.429 metros cuadrados según mensura que hicimos utilizando tránsito y cinta metálica. Area que concuerda con la señalada en el plano levantado por los ingenieros Marthe & Prieto N., en 1948, que hemos adoptado por haberlo encontrado ajustado a la realidad. Como puede verse en el plano, la esquina Sur-Este del terreno se halla totalmente ubicado dentro del canal 'A', el cual se hizo con maquinaria para las obras del puerto local. Esta esquina tiene la forma de un triángulo cuya base medida sobre la banda occidental del canal tiene 113 metros y la altura, o sea la distancia de esta base al vértice opuesto es de 54 metros, lo cual da un área sumergida de 3.051 metros cuadrados. El resto, o sean 18.378 metros cuadrados se halla localizado en tierra firme y allí se encuentran los muelles o malecón, bodegas, camellones y patios hechos igualmente para el puerto local de esta ciudad. Para avaluar este terreno nos hemos asesorado de los precios (sic) dados por la Oficina Seccional de Catastro Nacional a algunos lotes próximos a aquél, lo que se puede observar viendo los planos, avalúos cuyos certificados acompañamos a este dictamen. Y basándonos en los datos del catastro y teniendo presente que los terrenos reclamados por los demandantes de la Nación, se encuentran en posición más ventajosa

que los avaluados por el catastro por hallarse en la zona del puerto fluvial, de reconocida importancia comercial, conceptuamos que el precio de las tierras reclamadas por los demandantes a la Nación es de **cincuenta pesos** ($ 50.00) el metro cuadrado".

La sentencia considerando el problema expone:

"Sobre este particular, en autos sólo obra, como elemento de juicio para determinar el valor de dicho terreno objeto de esta litis, el dictamen pericial de los expertos Lux y Castellanos, los cuales le asignan al dicho terreno una extensión superficial de 21.429 metros cuadrados, avaluando cada uno de dichos metros cuadrados en la suma de cincuenta pesos ($ 50.00) moneda legal, o sea un avalúo total de un millón, setenta y un mil, cuatrocientos cincuenta pesos ($ 1.071.450) moneda legal. En dicho dictamen los expertos toman como base del avalúo por metro cuadrado algunos certificados catastrales de fincas aledañas, dándole al predio objeto del avalúo un mayor valor por metro cuadrado que el correspondiente a cada una de aquellas que figuran en el certificado catastral respectivo, explicando que proceden en esa forma por cuanto el predio por ellos avaluado se encuentra en posición más ventajosa que aquellas propiedades cuyo avalúo catastral tuvieron como base. Pero no tuvieron en cuenta dichos expertos, como era de estimarse en estos casos, el avalúo catastral de fincas que estuvieren en la misma o idéntica situación a la avaluada, circunstancia ésta que hace deficiente dicho experticio (sic) y sirve de motivo al Tribunal para estimar que aquél no se encuentra debidamente fundamentado. Por otra parte, dichos expertos no tuvieron en cuenta tampoco al hacer dicho avalúo, el descuento de valorización que adquirieron esos terrenos en razón del relleno y las obras realizadas allí por el Gobierno con destino al terminal marítimo de esta ciudad. Por consiguiente, ante las circunstancias anotadas, el mencionado dictamen, por no reunir a cabalidad las exigencias del inciso 1º del artículo 721 del Código Judicial, no puede ni debe ser acogido por el Tribunal como prueba eficiente o plena al respecto y, consecuencialmente, la condenación en relación con ese extremo se hará necesariamente en abstracto, a fin de que las partes puedan fijar luego mediante el procedimiento señalado por el artículo 553 del Código Judicial el monto de la indemnización que la entidad demandada deba pagar a la parte actora en este juicio como precio del terreno reclamado por ésta, para lo cual los peritos que habrán de intervenir en dicha r gulación tendrán en cuenta las siguientes bas

"a) Determinar con exactitud la cabida d predio que habrá de ser objeto de avalúo;

"b) El avalúo catastral de otros predios de ub cación y naturaleza análogas a aquel que hab de ser objeto de avalúo, modificado de acuerd con los índices diferenciales entre dicho avalúo los precios comerciales.

"c) El valor en que dichos expertos estime valorizada la zona examinada por concepto de la obras realizadas por el Gobierno en dicho sec tor, el cual deducirán, para determinar la sum indemnizable".

Como se ve el señor apoderado fijó en $ 5.0 el valor del metro cuadrado que los peritos es timaron en $ 50.00. Pero eso no es lo más im portante: en la segunda instancia se recibió e concepto de los peritos señores Joaquín A. Sán chez y Carlos A. Castellanos, quienes no obstant haber tenido oportunidad para estudiar y resolver los puntos anotados por el Tribunal en su sentencia, como base indispensable para el avalúo del terreno de que se trata se limitaron al estudio de la determinación localizando el terreno así:

"**Norte.** — Partiendo de la orilla Oriental del caño antiguo de Las Compañías (hoy rellenado), convertido en parte de la actual Avenida Hércules, una línea de 100 metros siguiendo una dirección Nor-Este; de este punto, que es el más Septentrional del referido lote, siguiendo una dirección Sur-Este parte una línea de 176 metros cuyo otro extremo está situado dentro del Canal 'A'. En toda esta extensión limita con terrenos que aparecen como de Miguel A. Bulla O. **Este.** Partiendo del punto anterior, el más Occidental, y siguiendo una dirección Sur-Este, en una longitud de 145.25 metros, limita con terrenos que aparecen ser de Arturo Fabio Manotas y Mercedes Bula O. **Sur.** Del punto anterior, el más Austral, del terreno referido, siguiendo una dirección general Nor-Oeste, y en una longitud de 131.50 metros limita con terrenos que aparecen ser de Martínez & Co. y de A. García, Llach del Valle y del punto anterior siguiendo siguiendo una dirección Sur-Oeste, y en una longitud de 70 metros limita con terrenos que aparecen ser de A. García, Llach del Valle. Este último dato fue necesario tomarlo del plano mencionado al principio. **Oeste.** Del punto anterior y siguiendo una dirección Nor-Oeste, y en una longitud de 75.88 metros limita con la orilla Oriental del antiguo

año de Las Compañías, hoy rellenado. Para mayor claridad, se adjunta un plano que indica la localización del lote, el cual ha sido tomado del plano que hemos adoptado, allí están indicados demás los ángulos, y medidas de los linderos. n esta forma dejamos definido nuestro concepto quedamos del señor Magistrado atentos servidores".

Llama la atención advertir que habiendo el señor apoderado de los demandantes sometido al dictamen pericial, en el punto tercero de su petición de prueba, un cuestionario relativo a los elementos que debían tenerse en cuenta para el avalúo o justiprecio del terreno, calcado prácticamente sobre las bases razonables y justas que señaló el fallo de primera instancia para que esa estimación pudiera hacerse mediante el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial, los peritos hubieran guardado silencio. Más extraño resulta que durante el término del traslado de tal dictamen corrido a las partes el 26 de marzo último, no se hubiera hecho uso de la facultad que reconoce el artículo 719 del citado Código, para que oportunamente hubieran subsanado la deficiencia de su exposición.

Y aunque es verdad que ese mismo texto faculta al Juez para ordenar igual cosa en cualquier tiempo antes de fallar, la doctrina de la Corte ha sido muy cuidadosa para no ejercitar dicha atribución, con criterio distinto del que informa los autos que se dictan para mejor proveer, o sea que en ningún caso la actividad del Juez, en estos asuntos de mero interés privado, puede suplir la de las partes o de sus apoderados. En otras palabras: nunca el Juez puede mejorar la prueba que es obligación de quien tiene su carga suministrarla oportunamente de acuerdo con la ley.

Según esto en la segunda instancia nada se adelantó en cuanto a justiprecio del terreno y por ello, no prosperando el recurso de apelación de la parte demandante, tampoco habrá motivo para variar lo decidido en ese punto por el fallo de primera instancia. En consecuencia no podrá prescindirse del procedimiento señalado en el artículo 553 del C. J. y los peritos que se nombren en su trámite deben atenerse a las bases que señaló la sentencia apelada y que, para mayor seguridad se reproducen:

"a) Determinar con exactitud la cabida del predio que habrá de ser objeto del avalúo, sin perder de vista el trabajo ya realizado sobre determinación y mensura; b) Se tomará en cuenta el avalúo catastral de otros predios cuya naturaleza y ubicación sean análogas o semejantes al que es materia de la demanda y ha de ser objeto de justiprecio, sin perder de vista la modificación que impliquen los índices diferenciales entre el avalúo catastral y el precio comercial de las fincas; c) Determinación de la cuantía en que los peritos estimen valorizada la zona en donde está ubicado el inmueble materia del pleito, en razón de las obras realizadas por el Gobierno en aquel sector y, una vez fijada aquella cuantía, la deducirán del justiprecio del inmueble para tener así el saldo líquido de la suma indemnizable".

El señor Procurador Delegado en lo Civil alegando de conclusión anota que el problema jurídico que ahora se presenta es exactamente el mismo que se ha planteado en los demás juicios promovidos por los distintos titulares de los terrenos situados en la región conocida globalmente con el nombre de La Loma, y que la Procuraduría en todos ellos, como lo hace en el presente, se ha abstenido de entrar al fondo del problema debatido, "porque ha considerado, en primer lugar, que la justicia ordinaria se encuentra en imposibilidad jurídica para decretar la restitución de inmuebles ocupados por razón de trabajos públicos, cuestión absolutamente clara y que no admite discusión, y en segundo lugar, porque ha considerado que la competencia para conocer y decidir de las acciones indemnizatorias en los casos de ocupación de la propiedad privada con ocasión de trabajos públicos nacionales, departamentales o municipales, está adscrita expresa y privativamente a la jurisdicción contencioso administrativa, por las disposiciones contenidas en el Capítulo XXII, Título IV del Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941, artículos 261 y ss.), en donde se determina el procedimiento especial que debe seguirse en tales juicios y en donde se corrobora y desarrolla lo dispuesto en los artículos 34, numeral 2º y 54, numeral 7º del mismo Código sobre funciones y competencia del Consejo de Estado y de los tribunales administrativos".

Por cuanto el concepto del señor Procurador fue redactado el 24 de mayo de este año, no tuvo oportunidad de conocer la decisión de la Corte consignada en su fallo del 20 de junio próximo pasado en que decidió que eran inexequibles los artículos citados como base de su alegato. El pun-

to, pues, ha quedado decidido en aquella sentencia de la cual basta copiar lo que sigue:

"Por otra parte, el dominio del expropiado, sea en la expropiación regular o en la acción del artículo 269, no ejerce en la litis la simple función de presupuesto procesal, sino de presupuesto de la acción, según la diferencia que entre las dos nociones ha señalado reiteradamente la Corte, a saber: 'Los **presupuestos procesales** no son otra cosa que las condiciones necesarias para que se forme válidamente la relación jurídico-procesal, de modo que se encuentren surtidos los requisitos previos que permitan al juzgador resolver el litigio en forma bien sea favorable o bien sea desfavorable a las súplicas del libelo inicial del procedimiento. Mientras que la legitimación en causa atiende a que el sentenciador pueda proveer en sentido favorable a lo pedido en la demanda, por ser el actor titular verdadero de la acción propuesta, y el demandado la propia persona contra la cual es concedida la acción por las normas jurídicas. Sin la titularidad así entendida nunca es posible que la acción prospere (**legitimatio ad causam**) aunque para el fallo adverso se entienden plenamente reunidos los presupuestos procesales, esto es, a) demanda formalmente admisible; b) competencia del juzgador; c) capacidad para ser parte, esto es, capacidad general en derecho; y d) capacidad para obrar procesalmente, o sea capacidad de ejercicio (**legitimatio ad procesum**)'. (GACETA JUDICIAL número 2147, pág. 924).

"Así en el caso del artículo 269 acusado, son estos los presupuestos de la acción: que el actor, como en la acción reivindicatoria, sea el verdadero propietario y que la administración sea poseedora de la cosa. Porque si bien es cierto que la administración no se ampara o no debe ampararse en la presunción de propiedad que se deriva de la posesión actual, no es menos cierto que a falta de la plena prueba de propiedad en el actor, la sentencia debe ser absolutoria, de la misma manera que en la acción de dominio. La única diferencia entre la acción reivindicatoria y la consagrada en el citado artículo 269, está en que no se pide la restitución, sino el resarcimiento de perjuicios en toda la extensión que comporta el concepto de expropiación, como ya se ha visto. Siendo esto así, tratándose de una acción **ex dominium** con motivo de una verdadera expropiación no por irregular e injurídica menos evidente, la 'sentencia judicial' que debe decidir esta clase de litigios no puede ser la pronunciada por ninguna jurisdicción especial, sino por llamada justicia ordinaria. En otros términos: artículo 30 de la Constitución exige sentencia la justicia ordinaria en todos los casos de expropiación de la propiedad privada. De todo lo expuesto se concluye que el artículo 269 acusado es violatorio de los artículos 30 y 33 de la Constitución, en cuanto, por una parte, permite implícitamente la ocupación definitiva de la propiedad privada por la administración, y por otra atribuye, lo mismo que los artículos 261 a 268, la jurisdicción de lo contencioso-administrativo el conocimiento de las acciones por indemnización de perjuicios, por ocupación permanente de la propiedad privada, con ocasión de trabajos públicos. La tacha de inconstitucionalidad no afecta al artículo 270, puesto que él se limita a reiterar la reserva de la responsabilidad criminal en que, conforme al derecho común, hayan podido incurrir los funcionarios o autoridades que hubieren ordenado o ejecutado las ocupaciones o los daños. V.—DECISION. En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional, RESUELVE: 1º Es inexequible el artículo 269 de la Ley 167 de 1941; 2º Son inexequibles los artículos 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267 y 268 de la misma ley, pero sólo en cuanto reglamentan el ejercicio ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo de las acciones por indemnización de perjuicios por trabajos públicos, con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada por la administración pública. 3º Es exequible el artículo 270 de la misma ley".

De esta sentencia hizo aplicación reciente la Sala de Casación Civil en el fallo de 4 de octubre último, a saber:

"En dicho fallo se sentó inequívocamente la doctrina de que las acciones indemnizatorias por trabajos públicos, con motivo de la ocupación permanente de la propiedad privada por la administración, son de la competencia de la justicia ordinaria, por disponerlo así la propia Carta, sin que la ley pueda atribuir a las autoridades de lo Contencioso Administrativo el conocimiento de tales acciones. El fallo sobre inexequibilidad produce efectos **erga omnes** y deja insubsistentes las normas declaradas como contrarias a la Constitución. En estos casos, por decisión del más alto tribunal de justicia, a quien se ha confiado la guarda e integridad de la Carta, la ley de inferior jerarquía pierde su operancia al de-

declararse su incompatibilidad con la ley de leyes. En el caso de autos, el Tribunal fundó su decisión de incompetencia con base en las disposiciones del Código Contencioso Administrativo que se han declarado violatorias de la Carta. El sentenciador consideró que las acciones incoadas se referían a indemnizaciones por la ocupación de hecho de unos acueductos particulares y la incorporación de los mismos al acueducto municipal de Cúcuta. Habiendo cesado por la sentencia de inexequibilidad de la Corte, el conflicto jurisdiccional que anteriormente existía entre la justicia ordinaria y las autoridades de lo Contencioso Administrativo, y apareciendo hoy como incontrovertible dentro de la actual organización jurídica del país, que acciones como las incoadas en el presente caso son de la competencia privativa de la justicia ordinaria, el fallo recurrido debe infirmarse por la causal séptima invocada, ya que el Tribunal declinó explícitamente la jurisdicción en el pleito y se abstuvo de fallarlo en el fondo en la creencia errada de que las acciones intentadas correspondían a los tribunales administrativos".

Pasando ahora a los fundamentos que sirvieron al Tribunal para despachar favorablemente, como lo hizo, las pretensiones de la demanda basta transcribir los siguientes razonamientos que esta Sala encuentra acertados y que no fueron combatidos en su doctrina ni contraprobados en los hechos durante la segunda instancia. Dicen así:

"Dicha acción reivindicatoria o de dominio, como lo expresa el precitado artículo 946 del Código Civil es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor material de ella sea condenado a restituírla. De esa definición, la jurisprudencia ha deducido ya con toda precisión los requisitos insustituíbles que debe llenar quien aspire a que una acción de esa clase prospere en juicio, a saber: que el demandante sea dueño del bien cuya reivindicación pide, postulado que generalmente se reduce a que su derecho esté mejor caracterizado que el de su adversario de litis; que el demandado esté en posesión del inmueble; y que entre el predio que pide el demandante y el que posee el demandado haya absoluta identidad. Respecto del primer requisito, la jurisprudencia ha estado de acuerdo en admitir como única prueba exigible en juicios de reivindicación para acreditar el dominio de los inmuebles, el respectivo título debidamente registrado, ya que sería absurdo y hasta exagerado pedir, además, el certificado de que habla el artículo 635 del Código Judicial, formalidad de excepción que debe estar circunscrita a los casos en que así lo dispone de manera expresa el mismo Código de Procedimiento, o cuando las circunstancias así lo exijan.

"Pero en el caso **sub judice**, por tratarse de un caso especialísimo, en que el predio objeto de reivindicación se dice ocupado por la Nación se encuentra en terrenos que ésta declaró pertenecerle como baldíos, por estar situado en una isla del río Magdalena, estima el Tribunal que dicho certificado, así como los títulos inscritos y registrados que comprueba la tradición del dominio alegado, se hace necesario allegarlos a los autos por el actor, cosa ésta que aquél cumplió a satisfacción, puesto que sólo de esa manera llegaría a demostrarse aquellos requisitos exigidos por el artículo 7º de la Ley 200 de 1936 a que se acoge el actor para alegar el dominio privado del inmueble objeto de reclamo. En consecuencia, corresponde examinar, en primer término, la forma como el demandante ha logrado comprobar la propiedad privada que alega sobre el citado inmueble. A este respecto el actor acompañó a su demanda una serie de escrituras públicas debidamente registradas y un certificado de tradición, expedido por el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, documentos con los cuales ha quedado plenamente establecido que, respecto al predio objeto de la presente litis, existen en autos títulos inscritos que habían sido otorgados con anterioridad a la vigencia de la Ley 200 de 1936, con los cuales se comprueban tradiciones de dominio relativas a un lapso mucho mayor de aquel que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria, cumpliéndose en esta forma a cabalidad con el primer requisito exigido por el artículo 7º de la ley precitada para que la acción incoada prospere en derecho.

"Réstanos, pues, por examinar, para concluir, si en realidad de verdad se trata de un inmueble de propiedad privada el aquí discutido a la luz de lo dispuesto por el precitado texto legal, si el predio en cuestión se encuentra realmente ubicado en el sector urbano de esta ciudad. Sobre el particular, el actor acompañó a su demanda algunos planos de la ciudad de Barranquilla, elaborados por ingenieros graduados, así como una Gaceta Municipal, en la cual aparece publicado el Acuerdo número 16 de 1942, expedido por el Concejo Municipal de Barranquilla, por medio del cual se aprobó 'el perímetro fijado por la Se-

cretaría de Obras Públicas Municipales sobre el plano de la ciudad como límite de la zona urbanizable', agregando que dicho perímetro permanecería inmodificable por el término de veinte años, a partir de la fecha de la sanción de este Acuerdo y estableciendo a continuación los límites exactos dentro de los cuales queda comprendido dicho perímetro. Y en el dictamen que rindieron los peritos, con cuya intervención se practicó una inspección ocular durante el término probatorio de esta primera instancia, los cuales tuvieron a la vista los documentos antes relacionados y examinaron con el ponente de este negocio el predio en cuestión, llegando a identificarlo previamente, se lee al respecto lo siguiente: '....Hemos comprobado que la Nación está en posesión material del lote de terreno que le reclaman los demandantes en el juicio; ...y que todo este terreno se halla ubicado dentro del área urbana de la ciudad sobre la antigua orilla del caño denominado de Las Compañías, que en esta parte fue cegado al hacerse las obras del puerto, y ahora se encuentra la 'Avenida Hércules' que ocupa allí lo que antes fuera el antiguo lecho de dicho caño. Para verificar estas comprobaciones tuvimos a la vista el Acuerdo número 16 de 1942, del Concejo Municipal de Barranquilla, en el cual está fijado el perímetro urbano de esta ciudad y los demás elementos de juicio tales como el que dejamos ya expuesto, de hallarse ubicado el inmueble en la acera occidental de una de las calles de Barranquilla (Avenida Hércules), frente a las antiguas edificaciones de la misma... (folios 32 y 32 v.)'.

"En sentir del Tribunal, dicho dictamen pericial, uniforme y debidamente fundamentado, que no fue motivo de objeción alguna a este respecto por el señor Agente del Ministerio Público, constituye plena prueba de que el predio objeto de este litigio se encuentra ubicado dentro del perímetro urbano de esta ciudad. Todo lo cual es bastante para aceptar como probado el hecho de tratarse de una propiedad urbana, respecto de la cual queda, por lo tanto, comprobado el dominio privado que sobre el mismo alega el actor tiene el finado Francisco Carbonell Wilches, cuyo título inscrito se encuentra aún vigente, según consta de los certificados expedidos por el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados y Notario Segundo de este Circuito acompañados a la demanda. Y como de autos consta la calidad de herederos testamentarios que de dicho poseedor inscrito tienen los demandantes, así como que dicho predio no fue objeto de partición de la mortuoria respectiva, el interés jurídico que tienen los actores en este juicio, para demandar a nombre de dicha mortuoria la restitución del predio en cuestión o el pago de su valor, ha quedado evidenciado en autos, cumpliéndose en esta forma a cabalidad con el primer requisito anotado para la prosperidad de la acción de dominio que ha sido incoada. Dicho derecho de dominio ha quedado demostrado en autos, como se vio anteriormente, con la serie de títulos inscritos y con el certificado de tradición acompañado a la demanda, los cuales demuestran frente al Estado la calidad de predio privado que tiene el lote objeto de litigio, el cual, por hallarse ubicado en el perímetro urbano de la ciudad, debe considerársele como tal y comprendido dentro de aquellos a que alude el artículo 7º de la Ley 200 de 1936, que permite demostrar la propiedad privada territorial urbana, en juicios contra la Nación, por medio de la titularidad traída a los autos por la parte actora en este juicio.

"A este respecto la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, en sentencia de fecha 30 de junio de 1948, se expresó en los siguientes términos: 'Según lo dispone el artículo 7º de la Ley 200 de 1936, 'acreditan propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial urbana, los títulos inscritos otorgados con anterioridad a esta ley, en que consten tradiciones de dominio, por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria'. Y agrega el artículo citado: 'Las otras disposiciones de esta ley no se aplican a la propiedad urbana'. Conforme a este precepto legal se puede demostrar, en juicios con el Estado, la propiedad privada territorial urbana con títulos inscritos anteriores a la vigencia de la Ley 200 de 1936, 'en que consten tradiciones del dominio', por un tiempo no menor al de la prescripción extraordinaria. Otras disposiciones de la misma ley, los artículos 1º, 2º y 3º se refieren a la propiedad rural privada, frente a la Nación; y establecen algunas reglas para destruir la presunción a favor del Estado de las tierras baldías, y el artículo 3º previene que los títulos inscritos otorgados entre particulares con anterioridad a esa ley no demuestran propiedad privada respecto de terrenos que no sean adjudicables, que estén reservados o destinados a cualquier servicio o uso público. El artículo 7º referente a la propiedad urbana, admite la validez de los títulos inscritos para comprobar la propiedad privada y expresa que las

ras disposiciones de la ley —entre ellas se halla que se traslada del artículo 3º— no se aplican la propiedad urbana. Respecto de ésta no es ertinente considerar lo que la ley establece para a propiedad rural en relación con terrenos no djudicables, reservados o destinados al servicio le uso público. A la propiedad urbana no se apli-a, para la comprobación del dominio privado, rente a la Nación, sino la norma expresa del ar-ículo 7º que permite acreditar tal propiedad pri-vada con los títulos otorgados con anterioridad a la ley en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término exigido para la prescripción extraordinaria'. (Sala de Negocios Generales. Sentencia de fecha 30 de junio de 1948).

"En cuanto a que la Nación ocupa en la actualidad el predio objeto de esta litis, en desarrollo y cumplimiento del Decreto Ejecutivo número 2210 de 1932 y de la Resolución Ministerial número 223 de ese año, con destino a la construcción de algunas obras nacionales del Puerto Terminal de Barranquilla, es un hecho que, a más de no haber sido controvertido por el representante de la entidad demandada, aparece indiscutiblemente demostrada tal ocupación o posesión en los autos, cumpliéndose de esta manera con el segundo de los requisitos anotados para la eficacia de la acción de dominio instaurada, con las siguientes piezas probatorias: a) Copia del Decreto número 2210 de 1932 del Ejecutivo Nacional, por medio del cual el Gobierno Nacional destinó para las obras del Puerto local de Barranquilla, los terrenos que estimó baldíos y que se encuentran en la llamada isla del río Magdalena denominada 'La Loma', comprendido dentro de los siguientes linderos: 'Por el Norte, el río Magdalena; por el Sur, el caño denominado de Los Tramposos; por el Este, el mismo río Magdalena, y por el Oeste, el caño denominado de Las Compañías'. b) Copia de la Resolución número 232 de 1932, emanada del Ministerio de Industrias, por medio de la cual se declaró como bienes fiscales del Estado, 'aplicables a la construcción de las obras nacionales del puerto local de Barranquilla', los terrenos baldíos comprendidos dentro del globo de tierra a que se refiere el Decreto Ejecutivo número 2210 de 1932, los cuales quedaban excluídos en lo sucesivo de la superficie territorial baldía de la República. c) Declaraciones juradas, recibidas durante el plenario, de los señores Roberto E. de Castro Jiménez, Pascual de Caro, Renaldo Donado M. y Clímaco Conde Galofre, quienes en un todo de acuerdo manifiestan que les consta conocer desde niños el lote de terreno objeto de la litis, el cual se encuentra ubicado dentro del globo de tierra que la Nación tomó en el año de 1932 para las obras del Terminal Marítimo, declarando dichos testigos que en el predio de la referencia existen en la actualidad algunas obras construídas por el Gobierno para servicio del puerto local, entre las cuales mencionan el edificio en que funciona la Intendencia Fluvial, 'El Malecón' o muelle del puerto terminal y tres bodegas para el cargue y descargue de las mercancías que allí diariamente arriban del interior y exterior. d) La verificación que de tales hechos hizo el Tribunal, durante el término probatorio de este juicio, mediante la inspección ocular llevada a cabo con la intervención de peritos, y en cuyo dictamen, que no fue objetado por este aspecto, los dichos expertos se expresan uniformemente en los siguientes términos:

'...Comprobamos que el globo de terreno que dejamos singularizado por sus linderos al responder al aparte b) del punto 1º es el mismo que el Gobierno Nacional tomó asignándole la calidad de baldío (reserva territorial del Estado) con destino a las obras del puerto local de Barranquilla... asignación y destinación que se hace extensiva al lote de terreno que reclaman a la Nación los demandantes, toda vez que ha sido dentro de aquél donde hemos localizado y se halla ubicado éste como ya se había dicho'... d)... Hemos comprobado que la Nación está en posesión material del lote de terreno que reclaman los demandantes en el juicio; que una porción de la misma se encuentra ocupado con el canal 'A' y la otra con el malecón o muelle, con las bodegas y patios... o sea, con obras hechas para el puerto local de Barranquilla...'. Conforme a las probanzas del juicio que han sido anteriormente relacionadas, y muy especialmente las diligencias de inspección ocular y dictamen pericial llevadas a cabo sobre el terreno, se llega a la conclusión incuestionable de que el actor ha demostrado en el juicio que el lote demandado en reivindicación se encuentra en la actualidad ocupado por la Nación con algunas obras del puerto local de Barranquilla, así como también que dicho lote de terreno ocupado en tales condiciones es el mismo o idéntico al reclamado a la Nación en este juicio por los demandantes, cumpliéndose en esta forma con los dos últimos requisitos señalados para que prospere la acción de dominio aquí ins-

taurada. Pero como de la inspección ocular y dictamen pericial a que se hizo referencia para la comprobación de tales hechos resulta que la Nación ocupa con algunas obras del puerto local cierta porción del terreno cuestionado, circunstancia ésta que hace legalmente imposible la restitución integral demandada, como consecuencia de la declaración de dominio que sobre el referido terreno había de hacerse en esta sentencia, en fuerza de las razones anteriormente expuestas, solamente procede decretar el pago de dicha porción de terreno ocupado por la Nación, ya que no es dable ordenar su restitución en todo o en parte por estar afecto dicho predio a obras de servicio público, como así ha procedido este Tribunal y la H. Corte Suprema de Justicia en ocasiones similares y en atención a que en tales casos debe siempre primar el interés general que se reporta con tales obras de utilidad común al particular que puedan derivar los demandantes en dicha restitución en especie. Y si a esto se agrega que la misma parte demandante, en atención al perjuicio que con ello se irrogaría a la Administración Pública, solicita en las peticiones cuarta y quinta de la respectiva demanda dicho pago en dinero, no ve el Tribunal razón lógica ni jurídica alguna que se oponga a dicha condena, previo el correspondiente traspaso del dominio a la Nación por parte de los demandantes. Bien es cierto que en la petición cuarta de la demanda, el actor solicita se restituya en especie a la parte demandante aquella porción de terreno que se pruebe en el juicio no estar ocupado con obras del Puerto Terminal de Barranquilla, y se condene a la Nación al pago del valor de aquella otra porción ocupada con dichas obras.

"Pero es el caso que en autos no existe prueba eficiente que determine o singularice cada una de estas porciones de terreno en que habrá de dividirse el predio objeto de la litis, cuestión ésta que debe quedar plenamente comprobada en autos para que la acción resstitutoria parcial prospere en derecho. En autos sólo existe la ampliación del dictamen pericial, elaborado por los expertos Federico Lux y Carlos Castellanos, a petición de la parte actora, donde se hace constar determinando las bases para fijar el área de cada extensión de terreno y señalándola, que existe una porción del mismo ocupada por obras de Terminal Marítimo y otra que no lo está, siendo esta última imposible de utilizar con tales obras por lo accidentado del terreno. Pero no determinan dichos expertos, ni señalan bases precisas para ello, los linderos de cada una de dichas porciones de terreno, circunstancia ésta que imposibilita al Tribunal para fallar en sentido favorable dicha petición cuarta de la demanda, ya que no aparece individualizada qué porción debe ser objeto de restitución en especie y cuál había de determinarse para ser pagada en dinero. Ante estas circunstancias, y en atención a que el Tribunal carece de otros elementos de juicio para limitar exactamente dicha porción no ocupada con obras del citado puerto local, sólo procede accederse a la petición quinta de la demanda, como una consecuencia de la declaración de dominio solicitada en la primera súplica de la misma, condenándose a la Nación a pagar a la mortuoria del finado Francisco Carbonell Wilches, representada por sus herederos y demandantes en este juicio, el valor del predio cuyo derecho de dominio ha sido acreditado plenamente en los autos".

Sentencia

En mérito de lo expuesto la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA en todas sus partes la sentencia apelada.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán — Luis Enrique Cuervo A.—Roberto Goenaga—Camilo Rincón Lara—Jorge García Merlano, Secretario.

SE SUSPENDE UN JUICIO CIVIL POR ESTAR CURSANDO UN PROCESO PENAL MILITAR, CUYA DECISION PUEDE INFLUIR EN AQUEL

Es regla general la de que para que proceda la indemnización civil de perjuicios causados por una infracción de la ley penal, el juez penal ha de agotar el estudio y el trámite de su incumbencia; reconociéndose la indemnización civil en el juicio penal, por el mismo juez que ha calificado la investigación, o por el juez civil, cumplido el presupuesto del conocimiento por el juez penal.

Se alega, sin embargo, que el artículo 24 del Código Penal Militar establece una excepción a dicha regla, basándose en el silencio de la ley de que aquí se trata. Con todo, es fácil ver cómo el citado texto del estatuto militar dispone las acciones para indemnización de perjuicios derivado de delitos sujetos a la jurisdicción penal militar, "se ventilarán ante la justicia ordinaria, conforme a las normas comunes". Una de éstas es la del artículo 11, que establece que el juicio civil se suspende en los casos que él contempla. Hay que suponer unidad de criterio en el legislador, que es uno solo. El establece la suspensión de estos casos de un modo general. El artículo 24 apenas regula la acción penal ante la justicia militar, excluyendo de su conocimiento lo referente a la indemnización por el daño civil. En lo demás, la legislación general se cumple. Y se reclamará la indemnización civil "conforme a las normas comunes" (artículo 24 citado). No hay ninguna razón para que la norma "común" que rige las acciones por perjuicios civiles —exigiendo la suspensión del juicio civil mientras se decide la investigación penal— no se aplique respecto de los asuntos de que conoce la justicia militar.

2.—Dispone el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, suspender el juicio civil cuando lo que se resuelva en el penal PUEDA INFLUIR en la solución de la controversia civil. Expresión ésta sumamente lata, de difícil aplicación a casos concretos, porque si el juez civil reputa v. gr., que el acto de una persona debe apreciarse independientemente de la declaración sobre si lo realizó en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima, está expuesto a que el juez penal haga una declaración en esa materia, que al calificar el hecho o las circunstancias en que cumplió, llegue a deducciones que deben influir en el criterio del sentenciador civil. De donde se infiere que la naturaleza de estos asuntos impone esperar el fallo de la justicia penal. Que pueda incoarse la acción civil después de una absolución o sobreseimiento penal, no es razón para que, sin haberse terminado la investigación penal, proceda fallar la acción civil.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diciembre seis de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Sustanciador: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El Tribunal Superior Judicial de Bogotá, por medio de auto del 27 de agosto de 1955, decretó la suspensión del presente juicio ordinario de Flor María Pacheco v. de Muñoz contra la Nación, expresando: "...que de autos aparece plenamente demostrado que ante la justicia penal militar cursa un proceso originado en el mismo acontecimiento en que se funda la demanda con que se inició el presente juicio; que la decisión que en éste se profiera puede influir seguramente en la sentencia con la cual habrá de fallarse el negocio **sub judice**; que, en tales condiciones, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 11 y 28 del Código de Procedimiento Penal, lo procedente es suspender este juicio hasta tanto que se haya decidido en forma definitiva el proceso de que conoce la justicia penal militar, a fin de evitar providencias jurisdiccionales contradictorias".

De la anterior decisión reclamó el apoderado del demandante, y el Tribunal, después de estudiar sus alegaciones, resolvió no reponer la pro-

videncia mencionada, concediendo en cambio el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto.

Venido el negocio a la Corte, se le dio la tramitación de rigor recibiéndose los alegatos que presentaron las partes. Ha llegado el momento de fallar sobre el recurso.

El señor Procurador Delegado en lo Civil manifiesta su parecer acorde con lo resuelto por el Tribunal, y pide se confirme la providencia objeto de la alzada.

El personero de la demandante presenta a la Sala un extenso y razonado escrito para sustentar puntos de vista opuestos a los consignados en el auto del Tribunal, y en el memorial de la Procuraduría Delegada en lo Civil.

Expresa el recurrente, en primer lugar, que la suspensión del juicio civil por hallarse en curso un proceso penal no toca con los casos contemplados por el artículo 24 del Código de Justicia Penal Militar. Su tesis en este punto se basa en que el citado texto legal establece que ante la jurisdicción penal militar no se ventilan cuestiones de interés pecuniario, ni hay parte civil, quedando reservadas las acciones indemnizatorias por perjuicios derivados de delitos, a la justicia ordinaria, sin agregar nada más tal disposición; de donde infiere el señor abogado que ello significa que el ordenamiento del estatuto militar confiere competencia a los jueces comunes civiles sin la sujeción al fallo previo de la militar. "Si, pues —dice— tal restricción no figura en el artículo 24 del Código Penal Militar, al remitir la solución de la acción civil a la justicia ordinaria, conforme a las reglas generales —debiendo entenderse así las procesales como las substantivas sobre la materia—, y si, por otra parte, la omisión a este respecto, en vista de la prohibición impuesta al perjudicado para intervenir en la acción penal militar, es lo que se compadece con lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución Nacional, hay que concluir que en el artículo 24 prenombrado se da la disposición legal en contrario a que alude el 11 de la ley de enjuiciamiento común como condición para que el ejercicio de la acción civil no se suspenda, o bien que en aquel texto el legislador volvió al principio legal sobre autonomía del juez para fallar la causa bajo su conocimiento, dejando así sin efecto en este campo la norma restrictiva prevista en el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal".

Se refiere después el señor abogado a la diferencia entre la culpa penal y la culpa civil, diciendo, entre otras cosas, lo siguiente: "Vale la pena indicar de paso que si tal diferenciación, acaso por dificultades de plasmación legislativa no ha sido expresamente articulada en textos positivos, sí es patente que ella se enseñorea del criterio psicológico del juez, trascendiendo a sus conclusiones prácticas... No hay, por lo visto, incongruencia de fallos, ni choque alguno de jurisdicciones. Hay, sencillamente, razón para no imponer la pena allí donde el criterio del derecho penal, al valorar la culpa, encuentra que carece de importancia la agresión social que la justifica, en tanto que el derecho civil puede concluir que, habiéndose dado en todo caso una falta, así ésta sea leve, se impone subvenir al desamparo originado en la economía privada por el hecho dañoso... Entonces, si es evidente, como realmente lo es, que Siado Pacheco no perdió la vida cuando respecto de él el Agente de Policía estuviera cumpliendo un deber o ejercitando una facultad legítima; y si, de otro lado, es asimismo evidente que en el caso no se discute la imputabilidad física, cabe preguntar si la posibilidad de que la justicia militar, al calificar el hecho que se aduce como base de la infracción, niegue la imputabilidad moral, es motivo valedero para que se suspenda el juicio civil? No, porque justamente, y en virtud de la diferencia operativa de la culpa según que atienda a la represión o a la indemnización, bien puede suceder que el juez civil para los fines que le son propios afirme imputabilidad moral allí donde el juez penal no la encuentre para los fines de encarcelar al procesado... Ahora bien, si el sobreseimiento definitivo o la sentencia absolutoria que dejan subsistente la existencia del hecho no impiden la posterior promoción de la acción civil, ¿por qué en un caso como el de autos en que la muerte violenta de Siado Pacheco es una realidad incontrovertible ha de suspenderse la acción civil simultáneamente iniciada con la penal, cuando se sabe o es seguro que aquí un eventual sobreseimiento o una absolución jamás podrían concluir negando el hecho palmario de esa muerte? Lo dicho significa que en la situación **sub judice** no se dan los presupuestos contemplados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal y a la vista de la influencia que ellos pueden ejercer en la demanda civil fue que el legislador dispuso en el artículo 11 ibidem la suspensión de la acción indemnizatoria.... Implícita pero concluyentemente, afírmase aquí que, si el hecho generador

del daño aparece como una EVIDENCIA, no legitimada por el derecho, el juez civil puede anticiparse a calificar el aspecto civil culposo que es de su resorte".

Para apoyar sus razonamientos el señor abogado transcribe varios pasajes de sentencias de las Salas de Casación y de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia.

Consideraciones de la Corte:

Llama el recurrente la atención de la Corte a la diferenciación entre la culpa penal y la civil, para sostener que esa diferencia obliga a admitir en ciertos casos, como el de estos autos, que un sobreseimiento penal o una absolución en favor del agente de la policía que ocasionó la muerte del señor Siado Pacheco, deja en pie la responsabilidad por la culpa civil, y que como consecuencia, no hay necesidad de esperar a que termine el procedimiento penal para adelantar el presente juicio civil.

No niega la Sala que teóricamente exista la diferencia a que se alude, entre la culpa penal y la civil, respecto de una persona y su acto, pero hay que observar que la ley procesal colombiana subordina claramente la responsabilidad civil por la culpa a la declaración que haga el juez penal, si su fallo puede influir en la solución de la controversia civil (artículo 11, C. de P. P.). Existen dos vías para el perjudicado que reclama indemnización. O bien la pide dentro del juicio penal (artículo 24 ibidem), o inicia la acción civil separadamente, y en este caso ha de hacerlo después que el juez penal ha proferido su decisión. Es pues regla general la de que para que proceda la indemnización civil, el juez penal agote el estudio y el trámite de su incumbencia; reconociéndose la indemnización civil en el juicio penal, por el mismo juez que ha calificado la investigación, o por el juez civil, cumplido el presupuesto del conocimiento por el juez penal.

Esta regla es general e informa como principio dominante el sistema que el legislador establece en lo que se refiere al reclamo de perjuicios civiles con origen en un hecho presumiblemente punible que pueda acarrear tal género de responsabilidad civil.

Se dice, sin embargo, que el artículo 24 del Código Penal Militar establece una excepción a dicha regla, basándose en el silencio de la ley de que aquí se trata. Con todo, es fácil ver cómo el citado texto del estatuto militar dispone que las acciones para indemnización de perjuicios derivados de delitos sujetos a la jurisdicción penal militar, "se ventilan ante la justicia ordinaria, conforme a las normas comunes". Una de éstas es la del artículo 11, que establece que el juicio civil se suspende en los casos que él contempla. Hay que suponer unidad de criterio en el legislador, que es uno solo. El establece la suspensión en estos casos de un modo general. El artículo 24 apenas regula la acción penal ante la justicia militar, excluyendo de su conocimiento lo referente a la indemnización por el daño civil. En lo demás, la legislación general se cumple. Y se reclamará la indemnización civil "conforme a las normas comunes" (artículo 24 citado). No hay ninguna razón para que la norma "común" que rige las acciones por perjuicios civiles —exigiendo la suspensión del juicio civil mientras se decide la investigación penal— no se aplique respecto de los asuntos de que conoce la justicia militar.

Ha de esperar la justicia ordinaria a que, entre otras posibles declaraciones, la militar diga si el agente obró "en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima". A este respecto el recurrente afirma que es evidente que el señor Siado Pacheco no perdió la vida "cuando respecto a él el Agente de Policía estuviera cumpliendo un deber o ejercitando una facultad legítima". El señor abogado entiende las exigencias legales, de estar cumpliendo el Agente un deber o ejercitando una facultad legítima, limitada a la actividad del mismo respecto del señor Siado Pacheco. No la contempla en relación con la persona a quien el agente de la autoridad perseguía. El juez penal debe decir si considera que el Agente, al obrar en persecución de un prófugo y al herir infortunadamente al señor Pacheco, lo hizo en cumplimiento de su deber o ejercitando una facultad legítima.

La posibilidad de que la justicia militar niegue la imputabilidad moral no es motivo para que se suspenda el juicio civil, afirma el apoderado de la actora. Esta consideración ya no tiene que ver solamente con las relaciones entre juicios penales militares y juicios civiles, sino entre juicios penales, de toda clase, y civiles. Sobre este tema existe abundante doctrina de la Corte, como la consignada en los fallos que cita el apelante. Todos ellos dejan a salvo el derecho a reclamar indemnización en juicio civil, después del fallo penal. "Si en un caso dado se ha condenado por delito, es claro que el juez civil violaría la cosa

juzgada si decidiese el ulterior litigio civil de indemnización fundándose en no haber delito; pero si por éste se ha absuelto, no se viola la cosa juzgada ni por tanto se incurre en los males y peligros de todo orden que esto traería consigo, por el hecho de que en el juicio civil sobre indemnización derivada, no de delito, sino de culpa civil, se contienda ante este juez y él decida absolviendo o condenando tal como corresponde a las probanzas de este proceso civil y a las pertinentes disposiciones civiles... En el proceso criminal se ejercita por el Estado una acción pública y se busca la intención, la peligrosidad y el castigo de un delincuente; en el civil el actor ejercita para sí una acción privada que mira a su interés patrimonial... Una sentencia condenatoria en lo criminal anticipa base firme a la del pleito civil que se siga por la indemnización patrimonial procedente del delito, en el caso de que esta acción no se haya ejercitado conjuntamente con esotra; y una sentencia absolutoria en lo penal o sobreseimiento definitivo, que a tanto equivale, no prejuzga sobre la acción civil cuando después se demanda indemnización aduciendo como fuente, no el delito sobre el cual ya la autoridad competente juzgó en definitiva absolviendo, sino la culpa civil, acerca de la cual la autoridad en lo criminal no ha tenido por qué decidir, ya que la mera culpa es algo diferente del delito, y que es éste y no la indemnización lo sentenciado en el juicio criminal... Si toda absolución en lo criminal o, digamos, una proveniente de que la autoridad de ese ramo no ha hallado delito en el hecho respectivo, hubiera de cegar toda fuente o posibilidad de acción civil se podría producir una situación conflictiva demasiado extraña, cual sería la de que el interesado en esta última se aplicase a activar su acción civil por la culpa con prescindencia de la criminal, a fin de lograr que aquélla se le decidiese antes que ésta y de evitar así que una posible absolución en la criminal le sacrificase su derecho pecuniario; y que, del propio modo, el imputado se empeñase en apresurar el fallo en el proceso criminal a fin de, absuelto en él, estar armado de la excepción de cosa juzgada que lo librase de indemnizar la culpa. Se asistiría así a algo como un espectáculo deportivo en que de los dos contendores sería vencedor el primero en llegar a la meta. Salta a la vista lo inaceptable de esa interpretación del procedimiento y de la ley (artículo 39 citado)". (G. J., tomo XLVI, págs. 213 y 214).

Y la Corte ya ha considerado también lo concerniente a la oportunidad del fallo en la acción civil, cuando ésta no se incorpora a la acción penal. Ha dicho que "es claro que a pesar del sobreseimiento definitivo ha quedado viva la posibilidad de demandar civilmente la reparación por el daño causado. De acuerdo con el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal, la dilucidación de las cuestiones relacionadas con la influencia que en materia civil pueden tener las sentencias proferidas por la justicia penal, ha salido del terreno puramente doctrinario al de la reglamentación legal, porque los efectos de la sentencia penal absolutoria sobre la acción civil de reparación están allí previstos y determinados". (G. J., Tomo LII, pág. 208).

Si el ordenamiento que prescribe suspender el juicio civil mientras se falla el proceso penal no deja desamparados los derechos de las personas directamente afectadas por el acto del agente presumiblemente comprometido con responsabilidad penal, conforme a lo previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento, mayor razón hay para considerar que un fallo de esta clase mantiene vivas las expectativas y los derechos de terceros, en relación con el mismo acto del agente, considerado desde el punto de vista de la culpa.

No halla por tanto la Sala justificadas las razones aducidas por el demandante para estimar que por ponerse en peligro los derechos de su cliente a obtener una indemnización, deba decretarse la suspensión del juicio civil que se sigue paralelamente al proceso penal que adelanta la justicia militar. Es cierto, como lo anota el recurrente, que aunque no ha plasmado en la ley la distinción entre la culpa penal y la civil para objeto distinto al contemplado en las normas citadas de procedimiento, ello no sería óbice a que la doctrina abriera el paso a una reforma legal. Sin embargo, al hacerlo, el juez o Tribunal podría invadir un campo reservado por el legislador, que solamente dispuso, como norma clara, suspender el juicio civil cuando lo que se resuelva en el penal "pueda influir" en la solución de la controversia civil. Expresión ésta sumamente lata, de difícil aplicación a casos concretos, porque si el juez civil reputa v. gr., que el acto de una persona debe apreciarse independientemente de la declaración sobre si lo realizó en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima, está expuesto a que el juez penal haga una declaración en esa materia, que al calificar el hecho o las circunstancias en que se

umplió, llegue a deducciones que deben influir n el criterio del sentenciador civil. De donde se nfiere que la naturaleza de estos asuntos im- one esperar el fallo de la justicia penal. Que ueda incoarse la acción civil después de una bsolución o sobreseimiento penal, no es razón ara que, sin haberse terminado la investigación enal, proceda fallar la acción civil. Por todo lo dicho, "la evidencia" a que se refiere el apelante, respecto del acto ejecutado por el agente de policía que hirió al señor Siado Pacheco, debe ser declarada por el juez penal; o sea, que el hecho del agente causó la muerte, y las demás circunstancias en que ella se produjo.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, CONFIRMA la providencia objeto de la apelación.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Aníbal Cardoso Gaitán — Jorge García Merlano, Secretario.

QUEJA CONTRA UN ABOGADO POR FALTAS EN EL EJERCICIO DE LA PROFESION

1.—En la aplicación de las sanciones contra los abogados, por faltas cometidas en su ejercicio profesional, debe procederse discretamente y en forma meditada sobre cada uno de los hechos imputados, pues la mínima pena incide directamente no sólo sobre la profesión en sí misma, sino sobre la vida social, económica e intelectual del abogado acusado, con las naturales repercusiones en la órbita familiar. Aun cuando se demuestre ampliamente la inocencia del acusado, queda flotando en el ambiente un hecho molesto y pernicioso que conlleva la simple acusación.

2.—Siendo la transacción un contrato meramente consensual no es indispensable, para que su existencia pueda reconocerse jurídicamente en casos como el de autos, que se haya formalizado por escrito. Esta formalización tiende, desde luego, a establecerla objetivamente, y habrá de requerirse en algunos casos; mas en otros, la transacción puede establecerse por varios de los medios probatorios reconocidos en la ley.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, seis de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara)

Ante el Tribunal Superior de Cali pidió el señor Florentino Infante que se le cancelara la matrícula al abogado doctor Raúl Molina Bautista, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 9º de la Ley 69 de 1945. Tal pedimento fue presentado el 19 de enero del año en curso. Tanto el demándante como el acusado son vecinos de la ciudad de Palmira, y el doctor Molina Bautista ejerce en dicho municipio.

Las razones que el señor Infante expone en el libelo de queja son las siguientes:

"A fines de 1953 acudí a la oficina de abogado del doctor Raúl Molina Bautista, quien se encuentra radicado en la ciudad de Palmira, con el fin de que se hiciera cargo de iniciar y tramitar, hasta su terminación, un juicio posesorio contra la señora doña Irene Saavedra v. de Belalcázar, llegando al arreglo del caso.

"En tal virtud le firmé el correspondiente poder que fue presentado, para su autenticación, en el Juzgado 2º Civil del Circuito de Palmira.

"Los honorarios fueron fijados en $ 200.00, los que le dí en dos contados de a cien pesos cada uno, de los cuales sólo me dio un recibo por cien pesos.

"Desde antes de firmarle el poder dí al nombrado abogado determinadas sumas de dinero y posteriormente hice lo propio, sumando ellas la suma de UN MIL QUINIENTOS CINCUENTA PESOS ($ 1.550.00), inclusive los $ 200.00 por honorarios.

"Por repetidas veces fui donde el doctor Molina Bautista a preguntar por el estado del juicio referido y siempre me contestaba que estaba para llevarse a término tal o cual diligencia, hasta que cansado de oír la misma respuesta, acudí a los dos Juzgados Civiles del Circuito y a los dos Municipales existentes en Palmira a preguntar por el juicio de que vengo hablando y cuál no sería mi sorpresa al ser informado de que no cursaba en ninguno de ellos. Solicité entonces en dicho Juzgado me certificaran la no existencia de mi negocio y así comprobé el engaño de que había sido víctima. Cuando se me expedían los certificados dichos, el doctor Molina Bautista acudió en mi búsqueda tanto a la finca que poseo en el Municipio de Candelaria, como a mi casa de habitación y como no me encontrara, me dejó razón con mi esposa de que esa noche me esperaba, a las siete, en su oficina. Consecuente con su llamada acudí esa noche a la hora indicada y el doctor Molina B. me hizo saber que el objeto de su llamada era el de que firmara un nuevo poder, petición a la cual me negué rotundamente y le exigí la devolución de la escritura que le había dado para los fines del juicio, escritura que al verla sobre su escritorio la tomé y allí estaba el poder que le había firmado, con la sola autenticación".

El Tribunal, adelantado el negocio formalmen-

e y oído el concepto de su Fiscal —adverso éste a todo pronunciamiento contra el acusado—, decidió el juicio en providencia de fecha 25 de junio próximo pasado, imponiéndole al abogado doctor Raúl Molina Bautista las siguientes sanciones disciplinarias:

"a) **Multa de cincuenta pesos** ($ 50.00), que consignará en la Administración de Hacienda Nacional; y b) **Suspensión del derecho de ejercer la abogacía por el término de quince días** contados a partir de la ejecutoria de esta providencia...".

Un Magistrado del Tribunal, el doctor Manuel Jesús Lucio, salvó el voto por razones que se verán más adelante.

Contra lo resuelto por el **a quo**, oportunamente interpusieron recurso de apelación las partes y el señor Fiscal, recurso que les fue concedido en providencia de fecha 27 de agosto pasado. Llegado a la Corte para decidirlo, a ello se procede una vez llenadas las ritualidades procesales de rigor y oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil.

Cargos y descargos del acusado

El doctor Raúl Molina Bautista, en diligencia fechada en la ciudad de Cali a los diecisiete días del mes de febrero del año en curso, ante el señor Magistrado sustanciador del respectivo Tribunal y con base en la acusación promovida por el señor Florentino Infante, hizo los cargos y descargos que se copian textualmente para mayor entendimiento de los hechos en estudio:

"...Conozco personalmente al señor Florentino Infante con quien no me ha ligado amistad; profesionalmente me tocó intervenir en el siguiente caso: cierto día del año pasado se presentó el señor Infante en mi oficina de Palmira para consultarme el siguiente caso: la señora Irene Saavedra vda. de Belalcázar era dueña de una finca rural en el municipio de Palmira, sitio de El Bolo, la cual colinda con la de dicho señor río El Bolo al medio. Según él me explicaba, la citada señora se había dado a la tarea de desviar el curso del río que le servía de lindero, haciendo para ello obras sobre ámbas márgenes, y especialmente derribando y ahondando el terreno de la margen izquierda, por medio de trabajadores y con máquinas especiales, entre ellas un buldozer. Después de manifestarle a mi consultante que a primera vista consideraba yo que tales actos de la Sra. Saavedra v. de Belalcázar constituían una perturbación de su pacífica posesión, convine con él en ir a visitar el sitio materia de la consulta para formar así una mejor opinión, lo cual efectivamente realizamos. Poco después el señor Infante me otorgó el poder correspondiente para establecer la acción posesoria que fuera del caso, facultándome, entre otras cosas, para transigir. Obrando ya en ejercicio de mi condición de apoderado, y en previsión de que quizás ante las razones que yo habría de aducir, la señora Saavedra v. de Belalcázar entrara en razón y cesara en sus actos perturbatorios, me dirigí al doctor Enrique Belalcázar Saavedra, hijo de la citada señora y colega mío, y ante él expuse las razones de derecho que consideraba tener en favor del señor Infante, además de otras de orden humanitario. El doctor Belalcázar me manifestó que las pretensiones del señor Infante eran improcedentes por cuanto que ellos tenían permiso concedido por el Ministerio de la Economía Nacional para verificar esas obras. Como insistiera yo posteriormente ante mi colega en mis gestiones en favor del señor Infante, él me manifestó que por ser yo el abogado encargado de ese asunto, él me garantizaba intervenir ante doña Irene para que ella desistiera de su empeño, no obstante la legalidad de tales actos, y así sucedió en efecto. Algún tiempo después el señor Infante, que de todas las circunstancias anteriores estaba empapado, volvió a mi oficina para pedirme que interviniera nuevamente en su favor, porque doña Irene v. de Belalcázar había roto el convenio, aunque esta vez sólo se trataba de un trabajador encargado de ejecutar las obras que antes se han mencionado. Nuevamente fui donde el doctor Belalcázar para hacerle ver que yo había garantizado a mi cliente que doña Irene no ejecutaría en lo sucesivo ningún acto de perturbación, y que ya que ellos habían renunciado a llevar máquinas y cuadrilla de trabajadores para desviar el río como era su intento, era por lo menos inelegante mandar un solo trabajador a molestar a mi cliente. Finalmente, conseguí que de manera definitiva y absoluta cesaran los actos perturbatorios materia de esa gestión. Debo aclarar que yo había explicado al señor Infante que, en mi opinión, el problema que él planteaba podía dar origen a dos acciones judiciales: una posesoria, para suspender los actos de perturbación que en ese entonces se estaban verificando; y que, ya para reclamar una porción de terreno que había accedido a la finca de la señora de Belalcázar, en virtud de una anterior desviación artificial del cauce, estimaba que se haría nece-

sario una acción ordinaria, dada la antigüedad de ese hecho.

"Cuando el problema posesorio quedó definitivamente solucionado en favor del señor Infante, le manifesté a éste que si él pretendía hacer la reclamación del lote de terreno ocupado antiguamente por la señora de Belalcázar, esperaba me otorgara un nuevo poder para el juicio ordinario, pues estaba absolutamente seguro de que dicha señora no convendría a zanjar esa segunda dificultad en la forma amistosa en que lo había hecho con la primera, a lo cual convino el señor Infante; en tal virtud inicié la confección de la respectiva demanda ordinaria, pero en vista de que el señor Infante no había vuelto a mi oficina, fui a buscarlo en mi automóvil acompañado de los señores Ovidio López y Rafael Ignacio Prado, quienes aquel día se encontraban en mi oficina, y a los cuales invité a dar ese paso al campo. Fui a la finca del señor Infante, y no encontrándolo lo busqué en la ciudad y por último le dejé un recado en su casa de habitación. El señor Infante fue a mi oficina y me manifestó que ya no le interesaba la acción ordinaria. Con gran sorpresa para mí a los pocos días recibí una carta fechada el 19 de noviembre del año pasado, en la cual el señor Infante me exige que le devuelva los honorarios que por mis gestiones me había pagado, alegando para hacerme tal exigencia que yo no había establecido la acción posesoria contra la señora de Belalcázar; y que si al día siguiente no le devolvía los honorarios pagados y una suma de dinero que él poco antes me había consignado, se presentaría ante este H. Tribunal, pidiendo la cancelación de mi matrícula de abogado. Presento la carta a que me he referido.

"En vista de tal situación, busqué al señor Infante exponiéndole que no podía admitir los términos de la carta aludida porque, si bien es cierto que no había cursado un juicio posesorio contra la señora de Belalcázar, no era menos cierto que, haciendo uso de mi facultad de transigir, yo había logrado el fin que con la acción judicial se buscaba, o sea la cesación de actos perturbatorios; y que, en cuanto al dinero consignado, lo tenía a sus órdenes en mi oficina, ya que no era su voluntad adelantar el juicio ordinario. El señor Infante no acudió a mi oficina como yo se lo solicité, sino que, posiblemente mal aconsejado, se ha presentado a querellarse contra mí. Me permito presentar, también, la primera hoja de la demanda ordinaria que estaba redactando cuando el señor Infante resolvió no proseguirla. (Efectivamente el doctor Molina Bautista presentó la referida hoja, y la carta de que se habló antes). **Preguntado:** ¿La transacción de que usted habla en relación con los actos de perturbación por parte de la señora Irene vda. de Belalcázar en predios del señor Florentino Infante, constó en algún documento escrito que garantizara los derechos de las partes? **Contestó:** Estimé innecesario consignar por escrito el compromiso de la señora de Belalcázar, por cuanto que en virtud de mi conocimiento que de dicha señora tengo de mucho tiempo atrás, y de que el pacto con el doctor Belalcázar era de caballeros, abrigaba la certidumbre de que no sería violado. Por otra parte, yo ví la orden que por escrito envió el doctor Belalcázar a los asalariados de su señora madre, por medio de la cual les quedaba terminantemente prohibido ejecutar actos que pudieran perturbar al señor Infante. **Preguntado:** ¿El señor Infante se dio perfecta cuenta de todas sus gestiones tendientes a evitar el correspondiente juicio posesorio, ya por informaciones suyas, o porque lo acompañara en tales diligencias? **Contestó:** Se dio perfecta cuenta el señor Infante de todas mis gestiones; no quiso acompañarme nunca a tratar el problema, porque según él había luchado mucho tiempo con la señora de Belalcázar, quien prevalecida de su dinero siempre lo había perseguido, hasta el punto de hacerle prohibir por la alcaldía de Candelaria el saque de arena del río Bolo. Tan enterado estaba de que toda la gestión había sido extrajudicial que, cuando reapareció el problema esta vez por medio de un solo trabajador, me dijo que tenía que convencerme de que con esa gente no podía arreglarse nada. Me parece, sin estar seguro, que personalmente el doctor Belalcázar manifestó al señor Infante que el problema de la margen izquierda del río Bolo se solucionaba definitivamente, y a pesar de que ellos tenían facultad concedida por el Gobierno Nacional para realizar tales obras, únicamente en consideración a la persona del abogado que en esas gestiones lo había patrocinado, había convenido en abstenerse de actos que el señor Infante consideraba de perturbación. **Preguntado:** ¿Tuvo usted oportunidad de conocer ese permiso del Gobierno a la señora de Belalcázar, por alguna circunstancia? **Contestó:** Sí, señor, cuando hice las primeras gestiones mis peticiones fueron rechazadas de plano, alegando el doctor Belalcázar que si ejecutaban esos actos no lo hacían de motu propio sino con autorización escrita del Gobierno Nacional, y que

ara demostrarme ese hecho se comprometía a eñarme la copia auténtica de la respectiva Reolución Ministerial, y en efecto me la enseñó al ía siguiente, llegando entonces a la conclusión e que el único camino viable era el amistoso, ya ue en un juicio posesorio esa Resolución podía nervar la acción, cosa que efectivamente conguí por la vía transaccional de que hablé antes. **reguntado:** ¿Cuánto tiempo transcurrió entre la echa en que el señor Infante le otorgó poder a sted para instaurar el juicio posesorio contra la eñora de Belalcázar (enero 13 de 1954) y la tranacción verbal y amistosa a que usted llegó con a señora de Belalcázar y su hijo Enrique Belalázar, o sus gestiones tendientes a dicha transacción fueron anteriores a dicho poder? **Contestó:** El poder me fue otorgado antes de mis gestiones ante el doctor Belalcázar, pero después de la consulta y de la visita que pasamos a la finca para el conocimiento del problema. Más claramente: primero fui con el señor Infante a la finca para darme cuenta del problema, sin tener todavía el poder, y fue después de esta mi primera visita a la finca cuando recibí el poder del señor Infante. En ejercicio de dicho poder comencé las conversaciones con el doctor Belalcázar buscando siempre una transacción amistosa".

Por su parte el señor Fiscal de la Corporación, al corrérsele el traslado del negocio manifestó:

Que respecto de los honorarios, éstos fueron causados desde el instante en que el abogado doctor Molina realizó "alguna" gestión ("buena o mala") a efecto de defender los intereses de su poderdante; que esos honorarios fueron ganados por el abogado una vez que logró con sus conversaciones que, quienes podían lesionar los intereses del señor Infante con trabajos perturbadores de la posesión de éste, los realizaran "con el menor perjuicio para los intereses de su patrocinado"; que según constancia de autos, habiendo hablado el doctor Molina Bautista con el doctor Belalcázar para los fines que se dejan consignados, "no se ve que el acusado haya cometido falta alguna que se pueda censurar por esta Agencia del Ministerio Público"; que por lo que hace relación a los gastos, que no se efectuaron, la suma de novecientos pesos que le fue entregada por Infante al doctor Molina B. para atenderlos en el pretendido juicio de reivindicación, son los mismos que el acusado ha puesto a disposición del actor y "que aún continúan en su poder por no haberlos recibido el señor Infante"; que el hecho de no haber instaurado la demanda el doctor Molina Bautista contra la señora viuda de Belalcázar, no constituye incumplimiento de lo pactado como abogado, "pues, si ello fuera así, todo abogado que transija un negocio estaría expuesto a que lo acusaran ante el Tribunal. Y la transacción puede hacerse sin violar las normas legales ni las de la ética, antes o después de intentar la acción. Por algo se habrá hecho popular el dicho: "más vale un mal arreglo que un buen pleito". Termina el señor Fiscal pidiendo por las consideraciones anotadas la **absolución** del abogado acusado.

El fallo del Tribunal

El Tribunal, en la providencia de que se ha hecho mérito, tras un análisis detenido de las probanzas traídas a los autos y de las alegaciones del señor Fiscal y del demandado, se pronuncia en la forma antes indicada, mediante las siguientes consideraciones:

Que "claramente se desprende de las premisas de hecho que se dejan expuestas", que entre demandante y demandado hubo de celebrarse un contrato de mandato presentado ante el Juez del Circuito de la ciudad de Palmira, mandato que estribaba en la instauración por parte del profesional de un juicio especial posesorio contra la señora Irene viuda de Belalcázar, quien adelantaba trabajos en una finca rural de la propiedad del señor Infante y mediante el juicio debía ser condenada a abstenerse de tales actos perturbadores, con facultades el abogado según el mandato "para desistir, **transigir,** recibir, etc., etc." (subraya la Corte); que para el Tribunal es indubitable que el doctor Molina Bautista al aceptar tal encargo, estaba en capacidad de cumplir su cometido como profesional, y que en tal virtud contrajo para con su cliente la obligación de iniciar el juicio posesorio correspondiente contra la mentada señora viuda de Belalcázar; que la manera de cumplir y ejecutar el mandato el doctor Raúl Molina Bautista, "con manifiesto perjuicio del mandante y no oculta debilidad por defender sus intereses, así sean poderosos los motivos que tuvo el apoderado para proceder de esa manera e interpretar a su talante la facultad de transigir", no puede el Tribunal cohonestarla, porque "acusa deslealtad del abogado con sus deberes profesionales y casi colusión, si no fuera porque a **prima facie** se ve la recta intención del doctor Molina Bautista de favorecer de esa guisa los intereses de su cliente, sin acuerdo alguno con la

parte contraria, en cuyo caso el Tribunal ordenaría la investigación penal correspondiente"; que es "aventurada y peligrosa, por decir lo menos, la tesis que el señor Fiscal sostiene para casos como el presente, si aún es tiempo de librar a la noble profesión de abogado del descrédito en que se halla por culpa de los métodos y de las acciones de profesionales inescrupulosos"; que transigir en la forma como lo hizo el abogado acusado con el hijo de la presunta demandada, persona extraña, sin formalizar por escrito tal fenómeno jurídico con la viuda de Belalcázar, y no ejecutar todo "cuanto en derecho estimara conveniente a los intereses de su patrocinado", viene a resultar a la postre, "no sólo lesleal, sino contrario al mandato especial que recibió, no para arreglar las cosas en esa forma, ciertamente divorciada de la transacción o reajuste mediante concesiones recíprocas, sino para obrar en representación y por cuenta y riesgo del mandante"; que solamente habiendo el doctor Molina formalizado por escrito con la señora Irene Saavedra viuda de Belalcázar la transacción, o con el apoderado de ésta constituído debidamente, "valdrían los argumentos del colaborador Fiscal, porque entonces sí nada habría que observar, ni reclamar, ni sancionar disciplinariamente por haber faltado a la ética y a la delicadeza o el decoro profesionales, al recibir honorarios por razón de un juicio posesorio que no fue incoado, o por concepto de una transacción no demostrada en los autos"; que sobrada razón y motivo tuvo el querellante para acudir al Tribunal en la forma descrita, acompañando pruebas contra el acusado que no fueron desvirtuadas, "sino antes bien corroboradas por el abogado acusado, aunque dándoles una interpretación que no armoniza con la ley, ni con la ética profesional, ni con el interés profesional, ni con el interés social de elevar y mantener a la altura y dignidad que merece la profesión de abogado, sólo comparable al sacerdocio que oficia diariamente en los altares de la justicia"; que, con todo, la falta cometida por el doctor Molina B. no da lugar a la cancelación de su matrícula de abogado como lo solicita el denunciante, ni a investigación de carácter penal; solamente a la aplicación del artículo 8º de la Ley 69 de 1945.

En el fallo ameritado salvó su voto el Magistrado doctor Manuel Jesús Lucio, quien apartándose del parecer de sus distinguidos colegas hizo las consideraciones que seguidamente se determinan:

Que el querellante señor Infante no expr en forma alguna cuál fue la "sustancia del m dato", ya que "decir que se ha otorgado un po judicial para iniciar y tramitar un juicio pose rio hasta su terminación, es en verdad muy casa información sobre el particular, pues no expresa la causa de la acción judicial que p tende instaurarse, ni la extensión de la mis con respecto a los hechos que en concepto manifestante dieron lugar a que se optara por cha acción posesoria contra la expresada seño Saavedra v. de Belalcázar"; que de consiguien la información sobre este hecho, que el doct Lucio cree "capital en el negocio", debe hallar en otras fuentes, tales como las "manifestacion del querellado y las pruebas que éste haya apo tado sobre el particular"; que el poder que le fu conferido al doctor Molina Bautista le facult para transigir, obrando éste a su arbitrio en re lación con la mejor conveniencia para los inte reses de su poderdante; y que si el juicio pose sorio no se instauró, fue por haberse arreglad las diferencias sin necesidad de él, en virtud d un arreglo amistoso con el representante de l señora Saavedra viuda de Belalcázar; que "e arreglo de diferencias litigiosas es un medio con sagrado por la ley para precaver los litigios o po ner término a los ya trabados (artículo 2479 C Civil); que Infante no se queja de haber "sufri do perjuicios porque el doctor Raúl Molina Bautista se abtuviera de promover el juicio posesorio de que se ha hablado, sino de que lo engañó al no promoverlo"; que el no hacer constar por escrito la transacción, puede ser inhabilidad abogadil "pero no una falta de honestidad profesional, que deba sancionarse, como aparece del fallo que comento"; que el querellado ha explicado su conducta en forma satisfactoria, en contraposición al querellante quien no ha querido prestarse en ningún momento para el esclarecimiento de la verdad del caso. Termina el señor Magistrado doctor Manuel Jesús Lucio diciendo: "La necesidad de moralizar la profesión de abogado, empeño muy plausible y por todos aceptable, no puede llevar a cometer injusticias, o a aplicar sanciones disciplinarias injustificadas jurídica y legalmente, por apreciación errónea de los hechos y circunstancias que los configuran y de que se ha hecho mérito en el fallo...".

Concepto de la Procuraduría Delegada en lo Civil

Al descorrer el traslado que del juicio se le hizo

la Corte al señor Procurador Delegado en lo vil, este alto funcionario expuso su pensamien- en forma nítida y precisa sobre el valor de la ansacción en el caso de autos, y de la facultad transigir de que se invistió al doctor Molina , para concluir que debe absolverse al quere- ado y en consecuencia revocar la providencia pelada. Para mayor claridad textualmente se anscribe el aparte pertinente de su concepto:

"La Procuraduría considera:

"La transacción es un contrato en que las par- es terminan extrajudicialmente un litigio pen- iente o precaven un litigio eventual", dice el rtículo 2469 del Código Civil. Como este con- rato es simplemente consensual, puesto que la ey no lo somete a formalidad especial alguna, asta el acuerdo de las partes para su perfeccio- amiento. Según el concepto estrictamente juri- dico de la transacción, por medio de ella los con- ratantes no solamente pueden terminar una con- troversia ya nacida o existente, sino que pueden precaver una que pueda suscitarse, es decir evi- tar un litigio que está por nacer. La transacción es, en síntesis, un medio que proporciona la ley y al que las partes pueden acudir para resolver sus propias diferencias o para poner fin a sus pretensiones encontradas.

"Por su parte, el artículo 247! de la obra antes citada prescribe que 'todo mandatario necesita de poder especial para transigir'. De suerte que aquel mandatario o apoderado que transige no habiéndosele concedido esta facultad excede los límites de su mandato y es, por consiguiente, res- ponsable.

"En el caso de autos la Procuraduría considera que el hecho concreto que el señor Florentino Infante imputa al abogado doctor Raúl Molina Bautista, según se desprende del texto mismo del memorial de queja, consiste en no haber ins- taurado el juicio posesorio contra la señora Irene Saavedra v. de Belalcázar, a pesar de haberle dado el poder correspondiente y haberle adelan- tado los honorarios.

"¿Pero cuál fue la razón para que el apoderado no hubiera iniciado el referido juicio? El mismo lo explica al dar contestación a los cargos del memorial de queja: manifiesta, como lo vimos atrás, que procediendo dentro de las facultades que le habían sido otorgadas, había llegado a un arreglo amigable o transacción con la contrapar- te por intermedio del doctor Enrique Belalcázar Saavedra, hijo de la presunta demandada. Esta explicación no puede desatenderse y tiene, por el contrario, todos los visos de credibilidad en primer lugar, por la manera clara como se expo- nen los hechos y se puntualizan las diversas cir- cunstancias que rodearon la transacción y, en se- gundo lugar, porque está ampliamente corrobo- rada por el testimonio del nombrado doctor En- rique Belalcázar Saavedra. Además, debe tenerse muy en cuenta que el acusador señor Infante nunca llegó a desmentir las afirmaciones del doc- tor Molina Bautista y ni siquiera se presentó al careo para el cual fue citado.

"Si, pues, en el poder que Infante le había otor- gado al doctor Molina Bautista (ver folio 6) se le concedían amplias facultades y expresamente, en- tre otras, la facultad de transigir; y si el apode- rado Molina Bautista no hizo otra cosa que aco- modar su conducta a los términos amplios de ese poder, la Procuraduría realmente no encuentra nada que pueda empañar la actividad profesional del abogado doctor Raúl Molina Bautista, ni que sea contrario a la ética o a la moral.

"El doctor Molina Bautista no hizo otra cosa que valerse de un medio legal, como lo es la transacción, para resolver las diferencias exis- tentes entre las partes y defender así los intere- ses de su cliente, acomodándose estrictamente a los términos del mandato.

"De manera que si esta gestión está amparada plenamente por la ley civil, no hay nada tampoco que pueda hacer objetable o criticable la conduc- ta del abogado acusado ante los mandatos de las buenas costumbres, de la ética y de la moral pro- fesional".

Consideraciones de la Sala

Es bien sabido que la Ley 69 de 1945 fue crea- da para depurar, moralizar y garantizar sobre todo el noble ejercicio de la profesión de aboga- do. Al respecto, bastante es la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia en que se deja consignada dicha norma, y muchos también los casos en que se han aplicado sanciones ejem- plares a quienes no cumplieron con los preceptos de la ética profesional. La razón de ser del abo- gado es "abogar" por el implantamiento del de- recho donde él fuere turbado y demostrarlo don- de sea necesario para los fines indicados por la constitución, la ley y aún la costumbre. Desde este punto de vista, quien ejerce esta profesión, como lo dice acertadamente el Tribunal en el fa- llo comentado, debe mantenerla "a la altura y dignidad que merece", siendo ella por sí sola,

"comparable al sacerdocio que oficia diariamente en los altares de la justicia". De ahí que quien se salga de las pautas y de los caminos propios de su ministerio, adentrándose por predios vedados al buen sentido jurídico, es acreedor a las sanciones que la ley y la sociedad tienen establecidas. Sin embargo, en la aplicación de estas sanciones debe procederse discretamente y en forma meditada sobre cada uno de los hechos imputados, pues la mínima pena incide directamente no sólo sobre la profesión en sí misma, sino sobre la vida social, económica e intelectual del abogado acusado, con las naturales repercusiones en la órbita familiar. Aun cuando se demuestre ampliamente la inocencia del acusado, queda flotando en el ambiente un hecho molesto y pernicioso que conlleva la simple acusación.

Veamos, pues, si de las probanzas traídas al informativo se desprende que el doctor Raúl Molina Bautista pecó contra las normas de la moral profesional, como lo sostiene, con buena intención desde luego, el H. Tribunal del conocimiento en el fallo recurrido.

En primer término, a los folios 31, 32 y 33 del cuaderno principal se encuentran las constancias de los señores jueces municipales, funcionarios públicos y jueces del circuito de la ciudad de Palmira que hablan muy bien sobre la corrección, honorabilidad y competencia profesional del doctor Molina Bautista; y en segundo lugar, a folios 48 y 48 vto. aparecen las declaraciones del doctor José M. Becerra Cabal y del señor José María Mora, por medio de las cuales se establece su buena conducta socialmente considerada.

De otra parte, y respecto de los dineros recibidos, la Corte estima que la conducta del querellante doctor Molina Bautista ha sido correcta, pues en lo referente a honorarios es innegable su derecho a los correspondientes a sus gestiones para obtener, como obtuvo, la transacción con el representante de la presunta demandada señora Irene Saavedra v. de Belalcázar, previniendo así el litigio eventual sobre amparo de posesión, para el cual el señor Infante le otorgó el poder que obra en autos; y en lo relacionado con la suma que, según lo dice el mismo doctor Molina Bautista, le entregó aquél para iniciar y adelantar un juicio ordinario tendiente a "reclamar una porción de terreno que había accedido a la finca de la señora de Belalcázar, en virtud de una anterior desviación artificial del cauce", se ha visto que el doctor Molina estaba listo a devolverle a Infante ese dinero. Además, debe tenerse en cuenta que el querellante no compareció a práctica de la diligencia de careo que hubie sido vital para el mejor esclarecimiento de l hechos.

En cuanto a la tesis del Tribunal sobre la tra sacción es necesario, antes de entrar a fondo e el estudio de ella, tener en cuenta:

"La transacción es un contrato bilateral, po que impone obligaciones recíprocas, y consensua porque no está sometido a formalidad especia alguna, salvo que afecte bienes raíces. Debe re caer sobre cosas dudosas, vale decir, sobre dere chos cuya extensión y existencia son materia d disputa. Es oneroso, dado que las partes debe hacerse recíprocas concesiones, y por regla gene ral se celebra **intuitu personae**, en consideració a la persona con la cual se celebra (artículo 246 C. C.)..." (G. J. Tomo XLVIII, pág. 268).

"El contrato de transacción no es contrato solemne, ni exige la ley que él conste por escrito. A él le son aplicables las reglas generales de los contratos no solemnes. Puede por consiguiente carecer de valor el documento en que se hace constar una transacción, y sin embargo aparecer demostrada ésta por otros medios". (G. J. Tomo XVIII, pág. 236).

En declaración rendida el 13 de abril del año en curso (fl. 36 vuelto), dice el doctor Enrique Belalcázar Saavedra:

"...al comprar nosotros la propiedad (mi madre y yo), situada en el Municipio de Palmira, en la región El Bolo-La Linda, contábamos con un problema de suma gravedad y era el de que el río Bolo lamía la orilla oriental de nuestra propiedad, menoscabándonos con el desmoronamiento de la tierra que se la llevaba aguas abajo y perjudicándonos así en esta parte en donde se comprobó con medidas exactas a nuestra pertenencia, una manzana o plaza". Agrega luego el deponente que en vista de esa situación y de conformidad con expresas disposiciones recurrió, en Cali, a la Comisión de Aguas, a fin de que le permitiera ejecutar las obras para volver el río a su antiguo cauce, facultad que obtuvo por proveído de dicha Comisión, que fue confirmado por la Sección de Aguas del Ministerio de Agricultura. En tal virtud procedió a ejecutar las obras, a consecuencia de las cuales surgió el litigio con el señor Infante. Refiere después el doctor Belalcázar sus entrevistas con el doctor Molina y la manera como trataron lo relacionado con ese litigio y luego expresa: "Efectivamente trancé el negocio con el doctor Molina en forma verbal, e

dice retirar al señor Alfonso Pérez de la obra, suspendiéndola completamente desde hace unos siete meses, tiempo dentro del cual mi madre vendió la propiedad, y así con el doctor Molina le dimos punto final a este asunto, arreglo amigable que se verificó entre él que me hablaba como vocero de Infante, y yo que representaba los intereses de mi señora madre, Irene vda. de Belalcázar".

La providencia a que se refiere el doctor Belalcázar es la Resolución número 81 proferida por la Sección de Aguas de Cali el 22 de noviembre de 1951, cuya copia auténtica obra a folios 27 vto. a 30. Así comienza dicha Resolución: "Mediante escrito de junio 25 postrero el doctor Enrique Belalcázar S. en propio nombre y en de (sic) su madre señora Irene Saavedra vda. de Belalcázar, denunció el cambio del lecho del río Bolo .." Y en la parte resolutiva se lee: "Artículo 1º--Autorízase a los señores doctor Enrique Belalcázar y doña Irene Saavedra vda. de Belalcázar, para restituir el río Bolo a su cauce anterior...".

Las doctrinas que se dejan reproducidas, el testimonio del doctor Belalcázar y la resolución proferida por la Sección de Aguas de Cali refuerzan los razonamientos del señor Procurador Delegado en lo Civil cuya respetable opinión acoge, por lo mismo, esta Sala. Porque, efectivamente, siendo la transacción un contrato meramente consensual no es indispensable, para que su existencia pueda reconocerse jurídicamente en casos como el de autos, que se haya formalizado por escrito. Esa formalización tiende, desde luego, a establecerla objetivamente, y habrá de requerirse en algunos casos; mas en otros, como el que venimos analizando, la transacción puede establecerse por varios de los medios probatorios reconocidos en la ley que es, precisamente, lo que ocurre en este negocio, como quiera que con el testimonio del doctor Belalcázar Saavedra, quien actuaba, según lo declara, en representación de su señora madre y era, por lo mismo, contraparte del querellante señor Infante, se ha demostrado la transacción celebrada entre el apoderado de éste y el deponente Belalcázar quien por otra parte, y por lo que atrás se deja expuesto, figura como interesado en la resolución impartida por la Sección de Aguas de Cali. De donde resulta que el doctor Belalcázar no era propiamente un sujeto extraño en la controversia posesoria, como parece aseverarlo el Tribunal a quo, toda vez que él obraba no solamente como personero de su señora madre, según lo afirma en su testimonio, sino también como sujeto que derivaba interés en virtud de la resolución arriba citada. Bien podía entonces el acusado doctor Molina entrar a transar con aquél, teniendo en cuenta esa doble representación, así considerada, sin que pueda objetarse que tal arreglo no se hizo constar por escrito, porque es entendido que la ley no exige formalidades especiales para su celebración a menos que se trate de transacciones relacionadas con bienes raíces, según lo tiene resuelto la jurisprudencia nacional. La circunstancia de no haber hecho constar el doctor Molina, por escrito, la transacción celebrada con el doctor Belalcázar no desvirtúa la existencia legal de ésta, cuando puede establecerse por otros medios probatorios, como se deja dicho.

Resta por averiguar si el doctor Molina dio cuenta a su acusador señor Infante de su gestión realizada con el doctor Belalcázar en ejercicio de la facultad de transigir que le otorgaba el poder conferido; o, en otros términos, si el acusado doctor Molina puso en conocimiento de aquél el arreglo o transacción celebrado con el doctor Belalcázar en virtud del cual cesaron los actos de perturbación que se decía sufrir el señor Infante en su posesión, que era el mismo fin que se pretendía mediante la acción posesoria.

Efectivamente, de las explicaciones dadas por el abogado doctor Molina, no contradichas por el acusador, aparece que el doctor Molina enteró al señor Infante de las gestiones que culminaron con la transacción o arreglo mencionado; de manera que no puede decirse que el querellante se llamó a engaño, ni que el querellado hubiese cometido un acto de negligencia o descuido al no formalizar por escrito ese arreglo verbal que celebró y del cual hizo sabedor a su mandante, por cuanto que legalmente el contrato de transacción, como consensual que es, no está sometido a solemnidad especial y bien puede celebrarse verbalmente como ocurrió en el caso que se contempla. Así las cosas, el hecho por el cual se acusa al doctor Molina no puede considerarse como violatorio de los principios de la ética profesional, pues la conducta asumida por él está explicada satisfactoriamente.

En mérito de las consideraciones anteriores, la

Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la providencia dictada por el H. Tribunal Superior de Cali con fecha 25 de junio próximo pasado, y en su lugar ABSUELVE al doctor Raúl Molina Bautista de los cargos contra él formulados por el señor Florentino Infante y que dieron origen al presente juicio.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Aníbal Cardoso Gaitán — **Luis Enrique Cuervo Aráoz**—**Roberto Goenaga** — **Camilo Rincón Lara.**

Jorge García Merlano, Secretario.

BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SE SANCIONA A UN ABOGADO POR FALTAS COMETIDAS EN EL EJERCICIO DE SU PROFESION

En tratándose de las normas procesales, no pueden las partes de común acuerdo, ni aun el juez por sí mismo, introducir modificaciones, sino en casos muy excepcionales. Con mayor razón es inadmisible que una sola de las partes o su abogado, se separe de las reglas de procedimiento.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, quince de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado ponente, dortor LUIS ENRIQUE CUERVO A.)

El juicio sumario que se tramitó ante el Tribunal Superior de Ibagué, para averiguar la verdad de ciertos cargos que se le hicieron al abogado doctor Nicolás González Torres, de haber cometido faltas contra la delicadeza y el honor profesionales, fue despachado en primera instancia mediante providencia del 24 de septiembre de 1954, la cual vino a la Corte por recurso de apelación que interpuso el acusado y a esta Sala, mediante el estudio detenido del proceso le correspondió decretar la nulidad por los motivos y para los fines que expresa el fallo de 15 de febrero último.

Subsanada aquella nulidad el negocio fue fallado de nuevo y, también por apelación del abogado a quien se acusa, volvió a esta Sala donde se le dio la tramitación que le corresponde. Se recibió el concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil y aunque extemporáneamente una exposición del abogado en que reafirma su defensa y envía algunas copias, todo lo cual no se recibió en la Secretaría sino que llegó en sobre cerrado dirigido al Magistrado ponente, quien hubo de leer los documentos y los agregó sin más actuación a este proceso.

Los hechos concretos de donde se deducen los cargos que se le hicieron al doctor Nicolás González Torres consisten:

1º En que agregó irregularmente a los autos respectivos el certificado que expidió el Registrador de Instrumentos Públicos, en ejecución de un despacho que se le libró y entregó al abogado previo recibo, quien lo llevó para su diligenciamiento, el cual no se produjo directamente de la Oficina de Registro al Juzgado, sino por conducto personal del mismo abogado quien recibió el despacho y lo agregó al expediente cuando lo recibió de la Secretaría en traslado para alegar de conclusión;

2º En el diligenciamiento también extemporáneo y no de oficina a oficina, de otro despacho que se libró a la Parroquia de la Catedral de Ibagué con el fin de que expidiera unas copias certificadas de partidas de bautismo, partidas que resultaron en la Parroquia de San Roque y que ésta expidió por intervención de un menor interesado en el juicio y a quien el abogado, según propia afirmación de éste, le había permitido llevar a su casa el expediente para tomar copias, mientras dicho expediente se hallaba bajo la exclusiva responsabilidad del propio abogado.

Este contestó originalmente los cargos en la siguiente forma:

"LO DEL CERTIFICADO. — Como se trataba de una prueba decretada, a solicitud mía, dentro del respectivo término de prueba, y, en el expediente, consta que el despacho había sido librado al señor Registrador, éste, al constatar que efectivamente aparecía, en los libros, que había sido recibido, procedió a diligenciarlo de conformidad, y me hizo entrega, de él, por estar ya, en poder mío, el expediente. Como al ir a sacar en limpio la certificación, se extravió el despacho, el señor Registrador, al evacuarlo, lo hizo constar así en el certificado. Hice mal en reclamarlo, en recibirlo o en acompañarlo al expediente? Traté, talvez, de adulterar su fecha para ocultar que había sido expedido después de transcurrido el término de prueba o para hacer creer que lo había sido antes de que el negocio me hubiera sido trasladado? Absolutamente. Hizo mal el señor Registrador al expedir un certificado que comprobó que sí le había sido ordenado por el señor Juez del conocimiento o en entregármelo, como es costumbre, como a parte interesada, para hacerlo llegar, por mí, al Juzgado? Tampoco. Entonces, dónde y en quién está el delito, la in-

delicadeza, la falta contra la ética profesional que, por ninguna parte, resulta de ese cargo?

"LO DE LAS PARTIDAS — Lo explican, mejor que yo, la certificación del señor Cura Párroco de San Roque y la declaración del menor José Antonio Romero o González Romero, o sea las dos tenebrosas personalidades que protagonizan el diligenciamiento de ellas. Por eso me permito acompañar, a esta respuesta, una copia judicial, debidamente autenticada, de ellas. Es curioso anotar que ya obraban, en el expediente, otras partidas de bautizo de los mismos menores Romero o González y que, éstas, no tenían otro propósito que el de demostrar la preocupación del presunto padre por salvar, ante la sociedad, ls apariencias, y evitar, a sus hijos, las dificultades que les suscitaba la filiación, en los colegios, y el complejo que, como consecuencia de aquellas, le ocasoinaba su origen no legítimo. Se necesitaba buena dosis de mala voluntad o suspicacia para pensar que, al devolver el expediente, me abstuve voluntariamente de hacer devolución de ese despacho. Dios sabe que la noticia de que no había ido con aquel, me la proporcionó el doctor Narváez. ¿Quién lo hizo diligenciar y por qué lo hizo? El testimonio del joven Romero y la certificación del Párroco Gutiérrez contestan veredignamente esa pregunta. Aquel? Un joven estudiante. Tan sano y tan ingenuo como el virtuoso Párroco que creyó, de sufunción, diligenciarlo. Aquél sabía que, en San Roque, se hallaban las partidas que solicitaba ese despacho. Este, consideró, de buena fe, que estaba en su derecho expedir, por eso mismo, la copia que ningún otro Párroco podía dar de ellas. Delinquieron?, Hubo alguna falsificación en el texto o la firma de las actas? Se adulteró, siquiera, la fecha de las mismas, en el deseo de hacer creer que fueron expedidas en otra Parroquia o antes del día en que venciera el término de pruebas? Si nada de esto ocurrió; si nadie trató de esconder su extemporaneidad o de disimular su origen, en quién, distinto de quien hace el cargo, se encuentra la malicia que, por ninguna parte, se halla en éste?

"Señor Magistrado: estoy seguro de que los ilustres miembros del Honorable Tribunal, tal como está hoy constituido, habrán participado de la perplejidad y la sorpresa que el denuncio del doctor Narváez causó, cuando llegó, en esta Corporación y en la Procuraduría. "Le felicito —se me dijo— porque— es muy satisfactorio, para un profesional de vieja data, que, para acusársele, se le formulen cargos de esos que, como los de doctor Narváez, se derrumban por sí solos con l simple lectura de los tremendos documentos qu los ocasionaron". Así expresó su comentario una cumbre, esa sí, de honorabilidad y de conocimientos". "Y ese Juez que le acusó oficiosamente, en la primera oportunidad que creyó que se le presentaba, no se ha declarado impedido para continuar conociendo de los asuntos que usted lleva en el Juzgado de él"? Fue la pregunta, dentro de la cual recató prudentemente su observación otro funcionario también muy ilustre.

"Y efectivamente. Es muy satisfactorio que, al cabo de años y años de una constante y agitada labor profesional, tenga que responder de cargos que solo pueden verlos los potentes anteojos del doctor Narváez. Satisfactorio es, así mismo, que, en su angustioso afán de conseguirse algún antecedente sospechoso, contra el profesional que pretendía pulverizar con su macana, mi gratuito acusador haya tenido que rastrear en una actuación de hace catorce años —y que fue otra demostración de la corrección de mis procedimientos—, imposibilitado para insinuar otro más fresco, y contentándose con sugerir un cargo, callándose los resultados de la investigación que lo desbarató ruidosamente, en un gesto que no es propiamente de caballerosidad o de hidalguía.

"Puede tener seguridad mi acusador, como seguramente la tiene el Honorable Tribunal, de que no hay cargo que no pueda explicar ni actuación cuya pulcritud no pueda establecer debidamente. El modesto resultado económico que tanto afecta la salud y la tranquilidad de algunos buenos compañeros, la posición profesional que tengo, y el favor de una clientela que se consigue o se retiene sino con honorabilidad y con limpieza, son, a pesar de los encomios ofensivos, casi hostiles, que hace, mi Juez Narváez, en su demanda, el juicio público, la mejor certificación que se le puede propinar a aquélla".

Al motivar su fallo proferido el 11 de junio último, después de subsanada la nulidad que decretó la Corte, el Tribunal apreciando la conducta del abogado frente a los cargos que se le dedujeron dice:

"De la copia legalizada de varias piezas del juicio ordinario de Dolores González y otros, contra Luis A. Romero Fuentes y otro (folios 4 a 11 del cuaderno número 1º), que el señor Juez Segundo Civil del Circuito de Ibagué acompañó al oficio número 474 de 31 de mayo de 1954, dirigido al señor Procurador General de la Nación,

y de la diligencia de inspección ocular con testigos actuarios que el Tribunal, por medio del Magistrado ponente practicó a solicitud del señor Fiscal de la Corporación para comprobar sobre dicho juicio ordinario, no sólo la autenticidad de lo denunciado por dicho Juez Segundo en el referido oficio al señor Procurador, sino la veracidad y existencia de las actuaciones cumplidas y contenidas en la copia tomada del juicio, **el Tribunal tiene que llegar a la conclusión necesaria** de que el abogado doctor González Torres, teniendo el expediente en su poder para alegar de conclusión, en su calidad de apoderado de la parte actora, y únicamente para el desarrollo y cumplimiento de esa actuación procesal, **desprendió o permitió que se desprendiera** del cuaderno número 2 de prueba de la parte por él representada, el folio veinte (20) contentivo del despacho número 90 librado al Cura Párroco de la Catedral de Ibagué para la expedición de las partidas de nacimiento y bautismo de los menores José Antonio, Alba Marina y Ana Crucelia Romero o González, como hijos naturales de Dolores González, despacho que había sido devuelto SIN DILIGENCIAR al Juzgado por el respectivo Párroco, y en tal forma entregado como folio veinte (20) del cuaderno número 2 al doctor González Torres. Tal despacho fue **llevado oficiosamente** al señor Cura de la Parroquia de San Roque en la ciudad de Ibagué, con el fin de que allí se expidieran las premencionadas partidas, como en efecto se expidieron y fueron devueltas con el despacho por el doctor González Torres, después de haber sido requerido por el Juez y amenazado con una investigación de carácter penal. Es decir, que el doctor González Torres, prescindiendo del conducto regular, como era el de hacer, una vez devuelto el expediente al Juzgado, una petición nueva para lograr el mismo resultado, si esa petición era procedente, resolvió sorprendiendo la buena fe del Juzgado y también la lealtad procesal que las partes litigantes se deben guardar en la promoción de los recursos, hacer practicar por su cuenta la prueba, seguramente para hacerla aparecer como producida en tiempo oportuno.

"No obstante lo anterior, el doctor González Torres, con un certificado del Cura Párroco de San Roque y la declaración extrajuicio del menor interesado en el juicio, José Antonio González o Romero, recibida ante el Juez de Menores de Ibagué, declaración que se quiere hacer aparecer como rendida espontáneamente por dicho menor, según así lo dice el testigo Carlos Silva R., quien declaró también a petición del doctor González Torres en el término probatorio de este juicio sumario, certificado y declaración del menor allegados en copia, según se vio, pretende explicar y demostrar que el despacho número 90 mencionado se diligenció por el Cura Párroco de San Roque, por haberlo llevado allí el menor José Antonio González y haberlo reclamado luego el abogado González Torres, a quien se entregó diligenciado, y que fue el propio menor, por su cuenta y riesgo quien, aprovechando tener el juicio ordinario por préstamo que diz que le hizo el doctor González Torres, llevó el despacho en cuestión al Juzgado 2º Civil del Circuito de Ibagué, a la Parroquia de San Roque para hacerlo diligenciar.

"El señor Fiscal ha traído como prueba un certificado ordenado por este Tribunal, para comprobar que el señor Carlos Silva R. es en la actualidad dependiente autorizado del abogado doctor Nicolás González Torres, para que en la Secretaría de esta entidad se le faciliten los expedientes y se le den las informaciones que solicite en relación con los mismos y en que tenga interés dicho abogado.

"Estima el Tribunal que es lógico que el propio doctor González Torres haya manifestado que las partidas de nacimiento y bautismo de los menores **José Antonio, Alba Marina** y **Ana Crucelia Romero** o **González** se agregaron al expediente en forma irregular e inoportuna; pero que no es ni humano, ni lógico, ni creíble, que el doctor González Torres dizque **le hubiera prestado** el expediente que recibió con el solo fin de alegar de conclusión en la primera instancia, **al menor José Antonio**, y que éste, más hábil que su representante judicial, hubiera hecho diligenciar por su cuenta el despacho número 90. Y es menos creíble que el mismo menor, espontáneamente hubiera comparecido ante el Juez de Menores de la ciudad de Ibagué, a rendir una declaración para atribuírse su propia culpa, y que así se le trate de hacer creer al Tribunal, por el doctor González, quien se mostró extrañado e inocente de toda responsabilidad en su proceder ante el propio menor, quien dizque al ser interrogado por su representante judicial sobre lo ocurrido con el diligenciamiento del despacho número 90, en su propia oficina, relató el incidente tal y como dizque lo declara ante el Juez de Menores, en presencia del testigo Carlos Silva R. dependiente autorizado del abogado González Torres

y, por ende, enterado de los negocios judiciales de su patrón.

"Para el Tribunal, pues, el único responsable de la infracción, es el abogado doctor Nicolás González Torres, como también de la irregularidad de haber colocado en el lugar del despacho número 20 el certificado número 722 expedido por el Registrador de II. PP. y PP. del Circuito de Ibagué, que también hizo diligenciar oficiosamente cuando tenía el expediente en su poder para alegar de conclusión y nada más que para ello, pues el certificado en referencia lleva fecha 14 de abril de 1954, y el doctor González solamente devolvió el juicio el 19 de los propios mes y año, según se vio".

De lo extractado resulta que los cargos hechos al doctor González Torres, consistentes en haber agregado de manera irregular algunas piezas probatorias al expediente en que se tramitaba un juicio ordinario sobre filiación natural, siendo aquél apoderado de la parte demandante, no han sido desvirtuados en cuanto a los hechos en sí. Solamente el abogado funda su defensa tratando de quitarle a esos hechos toda significación maliciosa (para lo cual invoca implícitamente la propia ingenuidad de sus explicaciones), en no haberse causado perjuicios a la causa de sus clientes ni adulterado las pruebas destinadas a establecer la verdad de los hechos en el proceso en que las irregularidades ocurrieron.

Ni el Tribunal en la sentencia apelada, ni mucho menos la Procuraduría en su concepto, pretenden que se deduzca responsabilidad por el aspecto que no podría menos de ser sumamente grave, de haberse cometido las irregularidades de manera maliciosa o con los resultados de un perjuicio a la parte representada por el abogado o, lo que ya hubiera sido abiertamente delictuoso, de una adulteración de las pruebas. No. Al doctor González Torres se le ha imputado una falta leve y se le ha aplicado una sanción benigna, correspondiente a esa falta, según el criterio del fallo que se revisa. La Procuraduría considera que la Corte debe aplicarle una sanción menos benigna, al modificar la sentencia apelada.

Para resolver conforme a la ley y a la justicia el problema planteado,

Se considera:

No cabe duda de que el cargo contra el abogado no va ni puede ir más allá de la irregularidad que ya se puso de manifiesto, a saber: que estando el proceso para alegar de conclusión utilizó la oportunidad de tener el expediente en su poder para subsanar unas deficiencias en la ejecución y diligenciamiento de despachos que se libraron en cumplimiento de autos dictados dentro de los términos de prueba, para recibir las documentales consistentes en un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Ibagué, y de unas actas del estado civil, de origen eclesiástico.

Pero ocurre preguntarse si el procedimiento a que acudió el abogado lo autoriza la ley y puede admitirse como corriente e inocuo en circunstancias parecidas. La respuesta negativa fluye elementalmente de la consideración de que las normas que rigen los trámites en el procedimiento civil, son de orden público, emanan directamente de la ley y no pueden ser enmendadas ni por el juez ni por las partes, aún de común acuerdo, porque ya la Corte ha rechazado la existencia de juicios convencionales o de procedimientos que la Ley no autoriza ya sea para decretar o para recibir pruebas.

Efectivamente: en fallo de casación del 22 de octubre de 1935 dijo la Corte:

"El proceso es un hecho jurídico complejo producido por una serie de actos que se realizan en diferentes intervalos y que se llevan a cabo, ya por las partes, bien por el órgano público. De ahí el doble aspecto de un proceso civil: formal en cuanto es realización de la norma adjetiva o rituaria que acondiciona las distintas actividades dichas, para alcanzar la finalidad perseguida; substancial, en cuanto el desarrollo de esas actividades ha conducido a la realización de todos los derechos subjetivos incoados, sea que ellos provengan de la realización inmediata de la relación jurídico-procesal, o directamente de la acción sustantiva ejercitada...

"...la ley procesal, en cuanto regula las formas de los juicios y los efectos jurídicos de los actos procedimentales, siempre es de orden público, y por consiguiente tiene un carácter absoluto, inmediato y obligatorio. No existen entre nosotros juicios convencionales, esto es, juicios en los cuales tanto el juez como las partes **puedan gobernar a su capricho la actuación y determinar contractualmente los efectos de los actos procesales.** Este principio no obsta para que en casos particulares; **pero siempre en virtud de disposición expresa de la ley,** las partes tengan facultad para separarse de la observancia de una norma procesal, o para, consensualmente, acordar lo

contrario a una regla dispositiva procesal; v. gr.: prorrogar un término no perentorio". (G. J. Tomo XLIII, págs. 626 y 627).

Si tratándose, pues, de las normas procesales, no pueden las partes de común acuerdo, ni aún el juez por sí mismo, introducir modificaciones, sino en casos muy excepcionales como el que sirve de ejemplo en la doctrina anterior, con mayor razón es inadmisible que una sola de las partes o su abogado, se separe de las reglas del procedimiento, aún en la hipótesis de lo realizado por el doctor González Torres para facilitar el diligenciamiento de unos despachos y su articulación al expediente.

Los principios de la doctrina de la Corte, arriba copiados, emanan de una regla soberana que formuló elegantemente el derecho romano, como puede verse en el fragmento 176 del título 17 y Libro L del Digesto. Dice así libremente traducida al castellano: "No se debe conceder a los particulares lo que sólo puede hacerse por ministerio público del Magistrado, pues de lo contrario habría ocasión para mayores desórdenes. **(Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit maioris tumultus faciendi").**

Y tomando ocasión en el mismo derecho romano, donde la noble profesión de la ciencia jurídica, tanto por su aspecto forense como por su aspecto magistral, fue considerada como un sacerdocio, puede ponerse un ejemplo sacado por comparación con el Derecho Canónico y la Liturgia. Efectivamente: un sacerdote católico nunca podrá manejar los vasos sagrados ni los instrumentos del culto con la despreocupación y familiaridad con que a veces suelen hacerlo los sacristanes y acólicos. Esto mismo debe aplicarse en el sacerdocio de la profesión de abogado, cuando se manejan los expedientes en donde corren las actuaciones de la administración de justicia; es decir, sin la familiaridad y despreocupación de medios como los usados por el doctor González Torres al desprender una hoja del expediente que había recibido en traslado para hacer diligenciar despachos pendientes.

Todo esto, aún mirado con criterio de benignidad, no puede calificarse de falta leve, pues tales medios o procedimientos no pueden permitírselos un sacerdote de la profesión de abogado y menos de la categoría y talla del doctor Nicolás González Torres.

De ahí que la Sala encuentre necesario, de acuerdo con el parecer del señor Procurador, reformar la sentencia apelada aumentando las penas y ajustándola mejor a la categoría del sujeto, cuya destacada posición social y económica lo hace más responsable en el ejercicio de su profesión.

Sentencia

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve REFORMAR la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Ibagué, en este juicio breve y sumario, el once (11) de junio de mil novecientos cincuenta y cinco (1955) en el sentido de condenar al doctor Nicolás González Torres a la suspensión de UN MES (1) en el ejercicio de su profesión y al pago de una multa de CIEN PESOS ($ 100) por las faltas cometidas en ejercicio de la misma, según lo expuesto en la parte motiva del presente fallo.

CONFIRMASE la sentencia apelada en todo lo demás.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Aníbal Cardoso Gaitán — Luis Enrique Cuervo A.—Roberto Goenaga — Camilo Rincón Lara— Jorge García Merlano, Secretario.

CONSTITUYE FALTA GRAVE CONTRA LA MORAL PROFESIONAL DE LA ABOGACIA CONSTITUIR UNA SOCIEDAD PARA SU EJERCICIO CON PERSONA QUE CARECE DEL TITULO DE IDONEIDAD CORRESPONDIENTE

El abogado titulado que se presta para burlar la finalidad perseguida por el artículo 40 de la Carta, facilitando el ejercicio de la profesión de abogado a quien no tiene título profesional, hasta el extremo de asociarse con él, tener oficina en común, repartirse los honorarios y, en fin, actuar en circunstancias de igualdad, está infringiendo la norma constitucional y las disposiciones legales que la desarrollan y en estas condiciones incurre en falta grave contra la moral profesional, falta que debe sancionarse de conformidad con las leyes 69 de 1945 y 21 de 1931.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, diez y seis de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara)

El señor Roberto Gómez Palacio, en escrito presentado ante el Tribunal Superior de Neiva con fecha 12 de septiembre de 1953, acusó al doctor Fredermán Cantor Rengifo, abogado, por faltas cometidas en el ejercicio de su profesión. Como hechos fundamentales de la acción impetrada expuso los siguientes:

"1º La casa comercial de Botero Gómez, Limitada de Bogotá, almacén de la calle 12 número 10-86, entregó al doctor Fredermán Cantor Rengifo un cheque girado por el señor Tulio Arbeláez a favor de dicha casa, hace algunos meses, para que le cobrara al señor Arbeláez la suma indicada y le girara el valor. El doctor Cantor faltando a sus deberes y extralimitándose en el mandato, le entregó al señor Arbeláez el cheque aludido, a cambio de una letra de cambio girada por igual suma a favor del mismo Cantor y contra Arbeláez. (Extralimitación de mandato y abuso de confianza). Hasta la fecha de esta queja, el doctor Cantor no ha girado a la casa el valor del cheque cobrado o cambiado bajo su propia y directa responsabilidad, conforme lo compruebo con la carta adjunta, firmada por el agente viajero de la casa comercial indicada.

"2º El doctor Dagoberto Barcias Pérez, distinguido profesional del Huila, abogado residenciado y que ejerce en Pitalito, fue víctima de maniobras dolosas hechas por el doctor Fredermán Cantor Rengifo en su perjuicio y de lo cual podrá redir testimonio explicativo cuando se le solicite.

"3º—Del primero de marzo del año en curso, hasta el 26 de mayo del mismo año, existió una asociación de hecho entre el doctor Frederman Cantor Rengifo y el suscrito, para trabajar la profesión de abogacía en esta plaza, según consta de la copia del documento que al presente memorial acompaño. El señor Pablo Ardila contrató con el suscrito los servicios de la oficina para representarlo en un juicio contra don Ricardo Palacio en el Juzgado Promiscuo del Circuito, con la advertencia de que el juicio podía finalizar con las meras medidas preventivas que se nos exigió pedir. El contrato lo hice por $ 500.00 de honorarios, así se lo informé a Cantor y así figura en los libros de contabilidad en el asiento número 173 de fecha 17 de marzo. El embargo y secuestro preventivos se hicieron con poder que confeccioné para el doctor Cantor, y por exigencia de él le pedí a don Pablo una vez practicada la diligencia, y él dio, la suma de trescientos pesos moneda corriente. Este abono lo hizo el 27 de marzo y está contabilizado por asiento número 185. Tengo los balances mensuales de cuentas debidamente aprobados por Cantor, en los cuales figura el recibo por parte de él de la mitad de la suma entregada por don Pablo Ardila para abonar a sus honorarios, balances que no acompaño porque necesito para comprobar la entrega de otras sumas que como la anterior Cantor dice y propala no haber recibido de mí, pero que estoy listo a suministrar para que se tomen copias por conducto de cualquiera de los Juzgados de esta ciudad, si el H. Tribunal estima necesario allegar al expediente.

"El veintiseis de mayo de este año convine con

Cantor disolver nuestra sociedad amistosamente por no convenir a mis intereses su compañía y por resultar contraproducente dejar trascender nuestras diferencias a la clientela. Se acordó entonces que yo seguiría vigilando como su dependiente judicial los negocios que nos habían encargado y cuando hubiese gestión que hacer la haría para su firma. No obstante lo anterior, el 20 de junio de este año el doctor Cantor me retiró la autorización para seguir examinando expedientes en que él fuera parte, conforme lo compruebo con la certificación de los Juzgados Promiscuo del Circuito y Municipal de este lugar, colocándome en delicada situación con mis clientes propios que lo son casi todos los que él apoderaba entonces en los negocios a que se refiere la certificación aludida. Fue entonces cuando él llamó a don Pablo Ardila para cobrarle dizque un mil quinientos pesos de honorarios que decía le adeudaba por razón de las medidas preventivas intentadas contra don Ricardo Palacio, reclamo que éste me hizo por no haber contratado con Cantor a quien no conocía, sino conmigo. Por virtud de tal reclamación y de otras que ya me habían hecho algunos clientes, tuve necesidad de enviarle la carta cuya copia acompaño a este memorial para que sirva de información al H. Tribunal.

"El doctor Cantor ha demandado ya ante el señor Juez Municipal de este lugar al señor Pablo Ardila, dizque por los mil quinientos pesos de honorarios que dice deberle, y el juicio ordinario en que tal condena pide, está tramitándose. (Falta de ética profesional).

"4º—En el Juzgado Municipal de este lugar, conforme lo compruebo con la certificación adjunta, demandó el doctor Cantor en su propio nombre y en el mío, la obligación constante en una letra de cambio girada a favor de ambos, contra la señora Anunciación Cardozo de Ortiz, por la cantidad de trescientos pesos. Luego de disolverse nuestra sociedad y en previsión de faltas graves que estaba seguro podía cometer Cantor contra mis intereses, le retiré el poder que había conferido para representarme. El doctor Cantor, confirmando mis prejuicios, solicitó el desistimiento de la acción, alegando haber recibido de la demandada el pago de la acreencia. El Juzgado Municipal admitió el desistimiento en cuanto hacía relación con sus intereses, dejando a salvo los míos, pero el doctor Cantor no conforme apeló de lo resuelto y subido el expediente al Circuito este Juzgado revocó el auto apelado y en su lugar admitió el desistimiento, levantó el embargo de bienes y dispuso el archivo del expediente. Total, el doctor Cantor recibió todo el dinero y se apropió de la mitad que legítimamente me pertenece, dejándome solamente una acción contra él de dudosa efectividad por su insolvencia y falta de ética. (Abuso de confianza y falta de ética profesional).'

"5º—En el mismo Juzgado Municipal tenemos establecidas otras ejecuciones en forma idéntica a la anterior, y aunque yo pudiera proceder en la misma forma que él ha hecho, recibiendo de los clientes el dinero, no debo hacerlo por no ser éste el procedimiento legal, pero ocurre que como estoy frente a un contendor sin ética ni moral, estoy expuesto a ser nuevamente burlado en mis intereses, si no se le pone coto oportunamente a su desmoralizado ejercicio profesional.

"6º—Aunque he podido salvaguardiar los intereses de algunos de los clientes que por su amistad conmigo lo honraron con su confianza al otorgarle poderes para la gestión de negocios judiciales, hay algunos notablemente perjudicados con la inercia del doctor Cantor para moverles sus juicios y con la imposibilidad en que yo estoy de atendérselos. En tales condiciones está don Lázaro Londoño, honorable comerciante de la ciudad de Neiva, y la firma de don Vicente Herrera, de Ibagué".

El Tribunal, oído el concepto del señor Fiscal de la Corporación, quien se pronuncia sobre cada uno de los actos acusados en el sentido de que no prestan mérito probatorio en contra del demandado, en sentencia de fecha veinticinco de julio pasado y de acuerdo con dicho concepto condenó al doctor Fredermán Cantor Rengifo, abogado titulado e inscrito, mayor y vecino de Florencia (Caquetá), a pagar una multa de $ 500 a favor del Tesoro Nacional. Tal decisión la tomó el Tribunal no con fundamento en los hechos materia del libelo de demanda, sino en el hecho constitutivo de una sociedad entre demandante y demandado para el ejercicio de la profesión de abogados, hecho que está demostrado en autos y que el **a quo** calificó de oficio. Contra tal proveído del Tribunal, oportunamente el demandado doctor Cantor Rengifo interpuso recurso de apelación para ante esta Superioridad, donde el negocio ha sufrido el trámite procesal de rigor y se encuentra para ser decidido, a lo cual se procede mediante las siguientes consideraciones:

Concepto de la Procuraduría Delegada en lo Civil

El señor Procurador Delegado en lo Civil al

contestar el traslado legal que del juicio se le dio, encuentra que el demandado no infringió las normas que reglan el ejercicicio de la profesión de abogado, ni tampoco cometió actos atentatorios o contrarios a la moral profesional, en cuanto a los hechos especificados en el escrito de queja que el demandante señor Roberto Gómez Palacio presentara ante el Tribunal Superior de Neiva con fecha 12 de septiembre de 1953: encuentra sí lesivo de la ética profesional, la sociedad constituída entre el demandante señor Roberto Gómez Palacio y el demandado doctor Fredermán Cantor Rengifo para el ejercicio de la profesión de abogados en "la plaza de Florencia y circunvecinas, mediante el establecimiento de la oficina judicial cuya radicación principal es en Florencia, Intendencia del Caquetá, sin perjuicio de atender a la gestión de negocios judiciales en otras plazas...". Cree el señor Procurador, de acuerdo con la sentencia recurrida que "...En este juicio sumario, como acertadamente lo expresó el Tribunal Superior en el fallo que ahora se estudia y acorde con la opinión de su colaborador fiscal, sólo se destaca un hecho claro, protuberante y ampliamente demostrado, imputable al abogado acusado doctor Fredermán Cantor Rengifo como una falta grave cometida en el ejercicio de su profesión y que consiste en haber constituído él una sociedad para el ejercicio de la abogacía con una persona que carecía del título de idoneidad correspondiente y que por lo tanto, se encontraba impedida legalmente para ello. Y hay que tener en cuenta que el mismo abogado acusado doctor Cantor Rengifo reconoce expresamente ese hecho, es decir, reconoce haberse asociado para el ejercicio de la profesión de abogado con su acusador de hoy el señor Roberto Gómez Palacio, y haber extendido y firmado ambos el respectivo contrato de sociedad, cuya copia obra en el expediente...".

Después de algunas otras consideraciones en relación con las normas constitucionales y legales que amparan y regulan el ejercicio de la profesión de abogado, así como con la moral que todo profesional debe imprimir a sus actuaciones frente a la sociedad, el señor Procurador termina solicitando la confirmación de la providencia alegada.

Consideraciones de la Sala

Seis hechos, transcritos anteriormente, dieron base a la queja formulada por el señor Roberto Gómez Palacio contra el doctor Fredermán Cantor Rengifo, los cuales según el demandante contravienen las disposiciones pertinentes de la Ley 69 de 1945, reglamentaria de la abogacía, y da fundamento a la aplicación de las sanciones contempladas en la misma ley.

Del examen de los elementos de juicio traídos a los autos con respecto a los hechos puntualizados en la demanda, encuentra la Sala, de acuerdo con el Tribunal y con la Procuraduría, que no se ha configurado falta alguna contra la ética profesional de parte del abogado acusado, pues del estudio de esos medios de prueba no aparece la responsabilidad del doctor Cantor Rengifo. Por ello se pasa a analizar lo referente a la sociedad constituída entre el doctor Cantor R. y el señor Gómez P.

La sociedad constituída para el ejercicio de la profesión de abogado entre el doctor Fredermán Cantor Rengifo y el señor Roberto Gómez Palacio.

Tanto el Tribunal, como su Fiscalía y el señor Procurador están contestes en afirmar la falta de moral profesional del doctor Fredermán Cantor Rengifo al asociarse con una persona sin título profesional para ejercer la abogacía. Parten del contrato firmado en la ciudad de Florencia (Caquetá) con fecha 15 de abril de 1953 por actor y demandado, en el cual se estipula ampliamente la asociación para "el ejercicio de la profesión de abogados", fuera de otras cláusulas complementarias sobre funcionamiento de dicha sociedad, reparto de honorarios, disolución de la misma, etc., etc. (Folios 7 vto. y 8 del C. Nº 1).

A la celebración de un contrato en que manifiestamente se pactan estipulaciones contrarias al ordenamiento legal que prescribe el ejercicio de la abogacía, se agrega que en los autos aparece demostrado cómo realmente las actividades de los asociados se cumplieron con quebranto de la ley sobre ejercicio de la profesión de abogado, en cuanto el señor Roberto Gómez Palacio ejecutó actos de socio dentro de la compañía formada con Cantor y no de dependencia de éste. Además, debe observarse que los actos mencionados de Gómez Palacio sólo pudieron realizarse en desarrollo de la asociación con el doctor Fredermán Cantor Rengifo.

En efecto, de las cartas dirigidas al doctor Cantor Rengifo y al señor Gómez Palacio por el señor Lázaro Londoño (folios 20 y 21), se deduce que éste y Gómez P. acordaron todo lo relacionado con la gestión de un negocio judicial; que el señor Londoño dio a Gómez P. una suma de

dinero para depositarla como caución con el fin de obtener, en ese negocio, un embargo preventivo, y que no había podido obtener la devolución de ese dinero.

Anunciación Cardoso declara al folio 75 que el doctor Cantor Rengifo le tramitó en el Juzgado Municipal de Florencia un juicio de lanzamiento y para pagarle ella los honorarios le aceptó una letra por la suma de trescientos pesos; que a esa cuenta abonó $ 70.00 entregados por ella a Gómez Palacio; que posteriormente éste le exigió que el pago total de la letra se lo hiciera a él, porque era él quien le estaba haciendo las gestiones y no el doctor Cantor Rengifo, pero que ella no accedió a esa exigencia. Y agrega: "Yo hice el contrato de lanzamiento de Vicenta Torres con el doctor Cantor R. y a él le acabé de cancelar el valor de la letra. Esto lo hice porque el doctor Cantor era el abogado con quien había contratado yo y a quien le había conferido el poder correspondiente. Y por orden del doctor Cantor Cantor le dí los setenta pesos al señor Gómez Palacio, pues el doctor Cantor era quien daba las órdenes en la oficina y el señor Gómez Palacio era quien recibía las órdenes". No obstante estas afirmaciones se observa que la letra en mención fue girada por Cantor Rengifo a favor de él y de Gómez Palacio (folio 81) y que con base en ella aquél demandó ejecutivamente a la declarante. (Folio 80 vuelto).

El señor Pablo Ardila dice en declaración rendida el 16 de septiembre de 1954 (fl. 81 vto.): "En el mes de marzo del año pasado, si no recuerdo mal, tuve necesidad de embargarle preventivamente algunos bienes al señor Ricardo Palacio ante el Juzgado Promiscuo del Circuito. Para tal fin y como la cuantía era bastante, hube de buscar abogado para las gestiones del caso. Así fue que hablé con el señor Roberto Gómez Palacio, quien trabajaba asociado con el doctor Fredermán Cantor R., abogado titulado y acordamos que ellos me atenderían las gestiones. En cuanto al cobro de honorarios me dijo el señor Gómez Palacio que por eso no peleábamos, que me trataría en la mejor forma posible". Y después de referir lo relacionado con la diligencia de secuestro agrega el deponente: "Tales diligencias se terminaron por arreglo que hicimos con el señor Palacio, o mejor dicho yo le informé al señor Gómez Palacio que cuánto era lo que iban a cobrar, toda vez que lo que yo pretendía era asegurar esos bienes, aunque el juicio no siguiera adelante. El señor Palacio me dijo que había hablado con el doctor Cantor y habían acordado cobrarme quinientos pesos moneda corriente. Yo en seguida les giré un cheque por la suma de trescientos pesos, cheque girado a favor del señor Roberto Gómez Palacio; posteriormente le dí cincuenta pesos más al señor Gómez Palacio y le debo el resto. No tengo nada más que decir, agregando que el resto tengo que pagárselo al señor Gómez Palacio con quien tengo el arreglo, quien le arreglará los honorarios al doctor Cantor R. Esto es todo".

Estos hechos son suficientes para demostrar que el señor Gómez Palacio no actuaba como dependiente del doctor Cantor Rengifo, en los términos y para los efectos del artículo 12 de la Ley 21 de 1931, sino como socio, esto es en iguales condiciones a las del abogado. Como éste, contrataba con los clientes la prestación de los servicios profesionales; recibía dineros a buena cuenta de honorarios y también para sufragar gastos en los juicios y, en fin, tomaba parte activa en todos los asuntos. De manera que aun cuando la firma responsable sobre la cual se incoaban y activaban los juicios en las oficinas judiciales y administrativas de Florencia era la del doctor Cantor Rengifo, el señor Gómez Palacio iba actuando igualmente en muchas actividades profesionales del abogado titulado y de esa manera el doctor Cantor Rengifo defraudaba la ley e incurría, por lo mismo, en grave falta contra la ética profesional porque ayudaba eficazmente a Gómez Palacio para que ejerciera la profesión de abogado sin tener el título correspondiente.

No fue por caprichoso egoísmo que el legislador sentó la norma contenida en el artículo 40 de la Constitución. Esa disposición tiene, entre otros fines, el de relievar el ejercicio de la profesión de abogado y darle mayor entidad jurídica, persiguiendo a la vez la moralización de los actos que el titular de la ciencia del derecho desarrolle en el escenario de la vida social profesional, porque es por virtud de ese postulado legal como se evita el quebrantamiento de los principios básicos que estructuran el dogma de la moral, cuyos fueros defiende celosamente el legislador propugnando porque la justicia haga efectivo el ordenamiento legal y así el conglomerado social se sienta amparado en sus intereses. Es pues por medio de aquella regla como se trata de asegurar el respeto por los atributos de la moral profesional y evitar la quiebra del ejercicio de la carrera de abogado, cuya honestidad debe resaltar en forma clara en todo lo que con

dicha profesión se relacione, ya que es precisamente ella (la honestidad) una cualidad de gran significación en el proceso de las actividades de aquél, no sólo por el alcance que encierra en sí mismo el principio honesto sino también por la finalidad que debe llenar el abogado titulado a cuya aspiración está vinculado igualmente el supremo árbitro de la República. De ahí que si, como en el caso que se analiza, el titulado se presta para burlar esta finalidad facilitando el ejercicio de la profesión de abogado a quien no tiene título profesional, hasta el extremo de asociarse con él, tener oficina en común, repartirse los honorarios y, en fin, actuar en circunstancias de igualdad, está infringiendo la norma constitucional y las disposiciones legales que la desarrollan y en estas condiciones incurre, como se ha dicho, en falta grave contra la moral profesional, falta que debe sancionarse de conformidad con las leyes 69 de 1945 y 21 de 1931.

En cuanto a lo dispuesto en el numeral 2º de la parte resolutiva del fallo en mención, nada tiene que observar la Sala, por los motivos allí expuestos.

Por todas estas razones encuentra la Sala que es jurídico el fallo recurrido. En consecuencia la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, lo confirma.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán—Roberto Goenaga—Camilo Rincón Lara—Luis Rafael Robles, Conjuez.

Jorge García Merlano, Secretario.

NO SE ACCEDE A ACLARAR LA SENTENCIA ANTERIOR

orte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, cuatro de febrero de mil novecientos cincuenta y seis.

Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara)

En sentencia proferida por esta Sala el 16 de iciembre último se confirmó la del H. Tribunal uperior de Neiva el 25 de julio anterior, por la ual se condena al doctor Fredermán Cantor Renifo, abogado titulado, a pagar al Tesoro Nacional una multa de $ 500.00 por haber incurrido en rave falta contra la moral profesional.

Viene ahora el doctor Cantor, mediante su memorial de 11 de enero próximo pasado, a pedir, n primer término, que se declaren prescritas la cción y la pena y en consecuencia se ordene cesar todo procedimiento relacionado con la efectividad de la multa y, subsidiariamente, que "se aclare el fallo a fin de que ésa honorable Sala deje establecidos los fundamentos legales de la providencia y al mismo tiempo declare la prescripción invocada, la cual ha debido ser declarada de oficio".

No encuentra la Sala, en su aludida sentencia, —y por ello seguramente el doctor Cantor no los determina— conceptos o frases que ofrezcan verdaderos motivos de duda y hagan, por tanto, procedente su aclaración de conformidad con el artículo 482 del C. J. Fácilmente se comprende entonces que lo que pretende el peticionario es la reforma de esa sentencia para que se haga la declaratoria de prescripción; pero ese recurso de reforma no puede despacharlo favorablemente la Sala aun cuando el solicitante le dé apariencia de una pretendida aclaración, porque lo prohibe el inciso primero del mismo artículo al decir: "La sentencia no es revocable ni reformable por el mismo Juez o Tribunal que la ha pronunciado...".

Efectivamente, sobre las resoluciones de carácter definitivo como son las contenidas en una sentencia no puede volver quien las ha proferido, para reconsiderarlas revocándolas o reformándolas; y en el caso de autos a ello equivaldría la declaratoria de prescripción que se hiciera atendiendo una cualquiera de las peticiones formuladas por el doctor Cantor, toda vez que ese sería un nuevo punto de vista que implicaría una revisión total de los razonamientos que se tuvieron en cuenta para proferir la dicha sentencia.

Es suficiente lo expuesto para que la Sala niegue, como lo hace, las peticiones en referencia, hechas por el abogado doctor Cantor Rengifo.

Cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Aníbal Cardoso Gaitán—Roberto Goenaga—Camilo Rincón Lara—Luis Rafael Robles, Conjuez. **Jorge García Merlano**, Srio.

LA DEMOSTRACION DE LOS HECHOS DE LA DEMANDA Y "EL HECHO NOTORIO" — LA LEGITIMACION EN LA CAUSA, ELEMENTO ESENCIAL DE LA ACCION

Ha dicho la Corte que "la sentencia debe ser conforme al libelo en el cual han de constar los hechos básicos que individualizan la acción, sin que le sea lícito al juzgador salirse de los fundamentos de la demanda, los cuales pertenecen a las partes. Quiere ello decir que los hechos que no fueron aportados por el actor, o que, aportados, no se demostraron, se consideran como inexistentes a los ojos del juez". (G. J. número 2032, pág. 623). Esto porque, según se dice en la misma providencia, la regla general es que se falla conforme a lo alegado y probado. Y se agrega: "Con todo, hay un principio que dice: "Las cosas notorias no es necesario probarlas".

En atención, pues, a ese principio que viene desde el antiguo derecho (notorio non agent probatione) y que en el moderno debe admitirse también a falta de texto expreso, es necesario ver si al hecho puede dársele la calidad de notorio y si en virtud de esa calificación, simplemente, se puede tener por establecido.

Notorio, según el diccionario de la lengua, viene del latín NOTORIUS, y es lo público y sabido de todos.

La notoriedad de un hecho no significa que él deba ser conocido de manera general, absoluta o efectiva. Puede ocurrir que considerable número de personas lo ignoren, o que de él se tenga un conocimiento de carácter relativo, o que ese conocimiento no sea real y, no obstante, subsistir el concepto de notoriedad, concepto que tiene, entre otros objetivos y en atención al principio de economía procesal, el de evitar que se produzcan pruebas innecesarias. De todo lo cual se concluye que "pueden considerarse hechos notorios aquellos que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, con relación a un lugar o a un círculo social y a un momento determinado, en el momento en que ocurre la decisión", según lo expresa el profesor Eduardo J. Couture en su obra "Fundamentos del derecho procesal civil", 2ª edición, p. 141.

Por regla general el hecho notorio no requiere demostración a menos que la notoriedad sea esencial y la comprobación de ella sea exigida por la ley, como ocurre con la posesión notoria del estado civil de casado, de hijo legítimo o natural, la cual se concreta a tres situaciones a saber: trato, fama y tiempo. O cuando tal hecho, con esa calidad considerado, haya sido controvertido por las partes, casos en los cuales se impone demostrar su configuración por los medios de credibilidad exigidos por la ley.

El demandante, en el juicio, equivocadamente y de manera implícita, afirma como hecho notorio de su demanda lo que constituye un derecho de propiedad que debe probarse. En efecto: nadie pone en duda la existencia del ferrocarril de Antioquia y eso sí es un hecho notorio. En cambio es muy distinto el derecho de propiedad o saber a quién pertenece el ferrocarril.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, dieciseis de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara)

- I -

Por sentencia de fecha 8 de junio del presente año, el Tribunal Superior de Medellín finalizó el presente juicio ordinario seguido por el señor Francisco Luis Berrío contra el Departamento de Antioquia, providencia por medio de la cual aquella entidad decreta las peticiones formuladas en la demanda haciendo las condenaciones consignadas en aquella resolución.

Contra esa sentencia el demandado interpuso recurso de apelación, que fue concedido debida-

nente, por cuyo motivo vino el negocio a esta Sala de la Corte en donde, una vez llenadas las formalidades propias de esta instancia, se procede a resolver teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

El doctor Leonidas Gómez Botero, hablando como apoderado judicial del señor Francisco Luis Berrío, en escrito fechado el 21 de noviembre de 1952 demandó ante el Tribunal Superior de Medellín al Departamento de Antioquia, para que mediante los trámites de un juicio ordinario se hicieran por sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

"a) Que el Departamento de Antioquia es responsable por culpa suya y de sus subalternos del accidente ferroviario en que perdió la vida el menor Francisco Antonio Berrío Restrepo, acaecido el día 18 de octubre del corriente año, en el punto llamado 'La Negra', jurisdicción del Municipio de Santo Domingo;

"b) Que como consecuencia de lo anterior, la entidad demandada está en la obligación de pagar a mi patrocinado señor Francisco Luis Berrío, la cantidad de TREINTA MIL PESOS M. L. ($ 30.000.00) por el daño emergente y el lucro cesante, o subsidiariamente la cantidad de dinero que resultare probada en este juicio o en otro distinto por concepto de indemnización por los perjuicios materiales que le fueron inferidos a mi patrocinado por la muerte violenta de su hijo Francisco Antonio Berrío R.;

"c) Que la misma entidad está obligada a pagar a mi patrocinado señor Francisco Luis Berrío, la cantidad de $ 2.000.00 o la que resultare probada en este juicio o en otro distinto, por razón de los perjuicios de orden moral que se le infirieron en razón de la muerte violenta de su mencionado hijo Francisco Antonio Berrío R.;

"Subsidiariamente pido que tales declaraciones se hagan en favor de la sucesión del menor Francisco Antonio Berrío R., la cual está representada por mi patrocinado señor Francisco Luis Berrío, pero siempre en contra del citado Departamento de Antioquia".

El demandante apoyó su demanda en los siguientes hechos:

"1º—Mi mandante estuvo casado con la señora Elisa Restrepo, matrimonio del cual hubo varios hijos, entre ellos uno nacido el 18 de diciembre de 1941 quien se llamó **Francisco Antonio.** La señora Restrepo falleció hace varios años;

"2º—Padre e hijo residían en el corregimiento de Santiago (Santo Domingo), lugar donde el menor alternaba sus actividades de estudiante de primeras letras y ayudante en el modesto establecimiento de abarrotes que aquél ha tenido en dicho corregimiento. En esta forma el menor contribuía a lograr para sí, para su progenitor y sus hermanas el diario sustento;

"3º — El día 18 de octubre último, el citado Francisco Antonio Berrío Restrepo estuvo en Porcesito acompañado del peón Ricardo Quinchía, a donde viajó con el fin de llevar provisiones para la tienda de su padre. Para regresar a su casa, el menor y su acompañante tomaron el 'tren especial' que haciendo el recorrido diario Medellín-Puerto Berrío, pasa por Porcesito a eso de las tres y media de la tarde;

"4º — La locomotora número 57 accionaba el comboy (sic) que se integraba de varios wagones (sic), de carga unos y otros de pasajeros. Al llegar a un lugar situado entre los kilómetros 66 y 67, en el punto llamado 'La Negra', jurisdicción del Municipio de Santo Domingo, la locomotora se salió de la vía en un espectacular descarrilamiento, arrastrando consigo varios de los wagones que accionaba, yéndose por un precipicio. El accidente ocurrió poco más o menos a las 4 p. m. del citado día 18 de octubre del presente año;

"5º—En el siniestro de que doy cuenta pereció el maquinista, señor Héctor González y el pasajero Francisco Antonio Berrío Restrepo, quien viajaba en un carro de 3ª clase, uno de los que la locomotora precipitó al abismo. Hubo también algunos heridos;

"6º—El cadáver del menor Berrío R. quedó totalmente desfigurado y además sepultado entre los escombros, siendo apenas posible su rescate el día 20 de octubre, esto es, dos días después de ocurrida la tragedia;

"7º—En todo aquello hubo culpa de la empresa del Ferrocarril de Antioquia, pues algunos maquinistas, Aldemar Cano, Enrique Pimienta, Martiniano Vélez entre otros, tenían advertidos a sus superiores acerca del mal estado de la vía en el lugar donde ocurrió el descarrilamiento, sin que se hubiese hecho absolutamente nada para conjurar ese peligro. Además, existe prueba abundante para acreditar que los carros de pasajeros iban con exceso de cupo, tal como ha sido costumbre inveterada en los trenes de la citada empresa ferroviaria;

"8º—El tren que ocasionó la tragedia expresada es propiedad del Ferrocarril de Antioquia que es una empresa de transporte de servicio público, propiedad del Departamento de Antioquia".

Como fundamentos de derechos el actor expuso los que aparecen en su libelo de demanda. A ella acompañó los documentos que obran a folios 2 a 10 del cuaderno principal.

Admitida la demanda y corrido el traslado ordenado por la ley, el demandado la contestó en escrito de fecha 21 de febrero de 1953 oponiéndose a las pretensiones del actor y proponiendo las excepciones perentorias: inexistencia de la obligación, ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, y "todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió".

Trabada la litis, el Tribunal **a quo** abrió el juicio a prueba por el término legal y dentro de él las partes solicitaron las que estimaron convenientes a la defensa de sus derechos, pruebas que fueron decretadas y practicadas según aparece de los cuadernos respectivos.

Seguido el curso legal del juicio y clausurada su tramitación, la Sala le puso fin con el fallo que es materia del recurso.

En esta segunda instancia se llenaron todas las formalidades que ordenan los preceptos legales. El demandante no presentó alegato alguno, no así el demandado quien presentó su alegación final.

La sentencia del Tribunal

En el fallo de primer grado se analizan las pruebas aportadas por el actor, o sean: los documentos acompañados a la demanda con los cuales se establece el matrimonio de Francisco Luis Berrío y Elisa Restrepo, el fallecimiento de ésta, el nacimiento de Francisco Antonio, hijo de los anteriores, y el deceso de dicho menor; las exposiciones de varios testigos sobre el siniestro ferroviario y sobre las condiciones personales del menor fallecido y la ayuda que éste le prestaba a su padre, etc.; el acta de levantamiento del cadáver, y el dictamen pericial acerca de los perjuicios sufridos por el demandante. De ese análisis concluye el Tribunal dando por establecido "el hecho mismo del accidente así como la muerte del menor Berrío a consecuencia del volcamiento del vagón en que viajaba; ser la empresa de propiedad del Departamento y no haber demostrado la entidad demandada que el hecho se debió a alguna causal exonerativa conforme a la ley". Todo esto lo deduce el fallador de primera instancia apoyándose ,además, en algunas consideraciones de orden jurídico, como la que seg
damente se transcribe:

"El demandante afirma que la empresa del F
rrocarril de Antioquia es de propiedad del D
partamento de este mismo nombre, entidad q
comparece aquí en su carácter de demandada,
que al dar respuesta al libelo manifestó por co
ducto de su representante legal que este hech
debía establecerlo el demandado (sic). No ha
ciertamente en el proceso prueba de esto, mas n
quiere ello decir que la falta de este elemento e
los autos sea absolutamente necesario (sic), por
que se trata aquí de una circunstancia, la exis
tencia de la cual es conocida de la generalidad
de los ciudadanos en el tiempo y lugar en que la
presente decisión judicial se toma, lo que cons
tituye un hecho notorio, razón por la cual su
prueba en el expediente no asume caracteres de
indispensabilidad".

Con fundamento en este y otros razonamientos el Tribunal falla así:

"No están probadas las excepciones propuestas.

"Condénase al Departamento de Antioquia, en su empresa del Ferrocarril de Antioquia, a pagarle al demandante señor Francisco Luis Berrío la suma de dos mil setecientos pesos ($ 2.700.00) por concepto de perjuicios materiales y morales inobjetivados que le fueron causados por la muerte de su hijo menor Francisco Antonio Berrío Restrepo.

"No se hacen las demás declaratorias pedidas".

Los argumentos de la parte demandada

En su alegato, formulado en esta instancia, sostiene el apoderado especial del señor Gobernador del Departamento de Antioquia:

a) Que dentro de lo que la jurisprudencia tiene aceptado como perjuicios morales no hay razón ni antecedentes para que, en este juicio, se avalúen en $ 1.500.00 pues es una cantidad muy aproximada al máximo que es de $ 2.000.00. Por tanto la Corte "en caso necesario —dice— debería rebajar el valor de esos perjuicios morales, pues resulta exagerado" ya que "no sería tanto el dolor del padre por la pérdida de su muchacho, que a los diez y siete días del accidente en que éste perdió la vida, ya estaba dando poder para demandar al Departamento, observación ésta demasiado expresiva".

b) Que la causa del descarrilamiento hay que buscarla en la demanda porque reflejo de ésta debe ser la sentencia según el último inciso del artículo 471 del C. J.; que la demanda determina, como causas del siniestro, el mal estado de la

vía y la sobrecarga de pasajeros, cuestiones éstas que no probó el actor y, por lo mismo, el demandado ha debido ser absuelto.

c) Que tampoco probó el actor el hecho 8º de la demanda, no aceptado por el demandado, y que dice:

"El tren que ocasionó la tragedia expresada es propiedad del Ferrocarril de Antioquia que es una empresa de transporte de servicio público, propiedad del Departamento de Antioquia".

Sobre este punto, y después de reproducir lo que al respecto dice el Tribunal y que atrás se ha dejado transcrito, dice el representante de la entidad demandada;

"Como se ve, el Tribunal acepta que el hecho no está probado en el expediente, pero disculpa esto por la circunstancia de que se trata de un 'hecho notorio'.

"Hecho notorio, según los expositores, es el que se presenta a simple percepción de la mayoría de las gentes. Es una verdad sabido por todo el público. ¿Y será verdad sabida por todo el público lo de que el Ferrocarril de Antioquia pertenece al Departamento, en forma que no hay para qué probarlo? No es posible creerlo. ¿Será hecho notorio, así sea en Antioquia, el de que el Brigadier General Rengifo es Gobernador, y por ser notorio no hay para qué establecerlo probatoriamente? No es así. Si yo me hubiera presentado en este juicio con un simple poder del Brigadier General Rengifo, diciéndose Gobernador, sin duda que se me hubiera exigido la prueba de que es Gobernador, y por eso he tenido necesidad de acompañar otra prueba al poder: la de que sí es Gobernador el señor Brigadier General.

"El hecho 8º es un componente de la personería, la cual es preciso establecer de manera indudable. El actor estaba obligado a probar ese hecho, y no lo hizo. El mismo Tribunal lo afirma, así: No hay ciertamente en el proceso prueba de que el Ferrocarril pertenezca al Departamento. Y si no la hay, por este solo motivo el Departamento ha debido ser absuelto".

d) Finalmente, refiriéndose a la afirmación hecha en la sentencia de que el Departamento se libraría de responsabilidad si se hubiera demostrado que el accidente tuvo su origen en un caso fortuito, demostración que correspondía hacer a la parte demandada, dice el representante de ésta:

"El actor y el Tribunal están de acuerdo, pues, en el sentido de que el siniestro no fue debido a un caso fortuito, pues no se probó esto.

"¿Qué es, entonces, un descarrilamiento, en las condiciones en que se produjo aquí, sin motivo visible, sin causa atribuíble a la acción humana? ¿Qué es eso? No cosa distinta a un caso fortuito. "Hay hechos que ostentan por sí mismos los caracteres de fortuitos", ha dicho la Corte. Ese hecho del descarrilamiento, tal como aparece en el expediente, reúne las condiciones esenciales del caso fortuito: la imprevisibilidad y la imposibilidad de preverlo.

"El Tribunal ha debido fallar el negocio reconociendo la excepción perentoria que dejo delineada. ¿Está probada? En la misma demanda se afirma, y resulta de todas las hojas del expediente. La Corte puede suplir la inadvertencia".

Consideraciones de la Sala:

Vistas así las piezas procesales pasa la Sala a estudiar si a la parte actora le asiste el derecho y la acción correlativa ejercitada contra el sujeto pasivo de ella.

Impónese examinar, en primer término, lo referente a la personería de las partes que intervienen en el juicio, ya que ella es uno de los elementos esenciales de la acción que debe aparecer evidenciado en el proceso, para que el juzgador entre a resolver sobre el derecho alegado, porque es entendido que el invocante de tal derecho así como la persona, natural o jurídica, de quien se exige la prestación demandada, deben tener la personería suficiente; esto es, que la personería del demandante y del demandado sean legítimas —que es lo que constituye la legitimación en la causa, conocida vulgarmente con el nombre de personería sustantiva de las partes que intervienen en el juicio—; extremos éstos que son fundamentales para que el juez entre a decidir, en presencia de los elementos de convicción traídos al juicio como demostrativos de los hechos propuestos y ante el análisis de las normas legales, si de la situación planteada resulta el derecho alegado. De consiguiente el sujeto activo, como titular de la relación jurídica suplicada, está en la obligación de demostrar no sólo el carácter que asume cuando se presenta como demandante en juicio, sino también la calidad con que está investido el demandado como sujeto pasivo de aquella jurídica relación. Con esa demostración se establece la personería de las partes, la cual es sustantiva si mira al fondo o sea al derecho mismo, independiente-

mente de cualquiera otra circunstancia, y adjetiva si se refiere a deficiencias en el procedimiento, etc. La primera conduce a la absolución por falta de uno de los elementos estructurales de la acción incoada y en manera alguna a excepción perentoria; y la segunda al reconocimiento de una excepción dilatoria de especial y previo pronunciamiento, y también, en ciertos casos, a la declaratoria de nulidad del juicio, de conformidad con las normas que regulan la materia. Así lo tiene resuelto esta Corte, entre otros fallos en el de 17 de agosto de 1954 en el que, al referirse a la doctrina jurisprudencial y de los autores sobre la legitimación en causa como elemento de la acción, se dice:

"La Sala sigue esta última teoría (la de la legitimación en causa como elemento de la acción) porque considera que la legitimación para obrar concierne no al proceso (al cual pertenece sin lugar a duda la competencia, la capacidad para ser parte y la capacidad procesal) sino a la sociedad como medio para realizar el derecho subjetivo, porque se identifica con la titularidad para demandar y para ser demandado...". (G. J. número 2145, pág. 329).

Se deja visto que el señor Gobernador del Departamento de Antioquia, al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones del actor; y hay que anotar que con respecto al hecho 8º o sea el de que "el tren que ocasionó la tragedia expresada es propiedad del Ferrocarril de Antioquia que es una empresa de transporte de servicio público, propiedad del Departamento de Antioquia", lo negó expresamente y propuso, en consecuencia, entre otras, la excepción perentoria de "ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada" la que, por el mismo motivo, ha alegado en esta instancia el apoderado de dicha parte. Luego, por lo que atrás se deja expuesto, es indudable la improcedencia del tema planteado como excepción perentoria.

Aclarado así el aspecto jurídico de la cuestión equivocadamente propuesta por la parte demandada como medio exceptivo, se procede a hacer el estudio de la prueba concerniente a esa misma cuestión.

No hay, en verdad, prueba alguna sobre el hecho octavo de la demanda; pero el Tribunal, dándole calidad de notorio como atrás se deja dicho, lo tiene, en tal virtud, por demostrado.

Ha dicho la Corte que "la sentencia debe ser conforme al libelo en el cual han de constar los hechos básicos que individualizan la acción, sin que le sea lícito al juzgador salirse de los fundamentos de la demanda, los cuales pertenecen a las partes. Quiere ello decir que los hechos que no fueron aportados por el actor, o que, aportados, no se demostraron, se consideran como inexistentes a los ojos del juez". (G. J. número 2032, pág. 623). Esto porque, según se dice en la misma providencia, la regla general es que se falla conforme a lo alegado y probado. Y se agrega: "Con todo, hay un principio que dice: Las cosas notorias no es necesario probarlas".

En atención, pues, a este principio que viene desde el antiguo derecho (notoria non agent probatione) y que en el moderno debe admitirse también a falta de texto expreso, es necesario ver si al hecho que se viene analizando (8º de la demanda) puede dársele la calidad de notorio y si en virtud de esa calificación, simplemente, se puede tener por establecido.

Notorio, según el diccionario de la lengua, viene del latín **notorius**, y es lo público y sabido de todos.

La notoriedad de un hecho no significa que él deba ser conocido de manera general, absoluta o efectiva. Puede ocurrir que considerable número de personas lo ignoren, o que de él se tenga un conocimiento de carácter relativo, o que ese conocimiento no sea real y, no obstante, subsistir el concepto de notoriedad, concepto que tiene, entre otros objetivos y en atención al principio de economía procesal, el de evitar que se produzcan pruebas innecesarias. De todo lo cual se concluye que "pueden considerarse hechos notorios aquellos que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, con relación a un lugar o a un círculo social y a un momento determinado, en el momento en que ocurre la decisión", según lo expresa el profesor Eduardo J. Couture en su obra "Fundamentos del derecho procesal civil", 2ª edición, pág. 141.

Por regla general el hecho notorio no requiere demostración a menos que la notoriedad sea esencial y la comprobación de ella sea exigida por la ley, como ocurre con la posesión notoria del estado civil de casado, de hijo legítimo o natural, la cual se concreta a tres situaciones a saber: trato, fama y tiempo. O cuando tal hecho, con esa calidad considerado, haya sido controvertido por las partes, casos en los cuales se impone demostrar su configuración por los medios de credibilidad exigidos por la ley. Al respecto se expresa así el profesor antes citado:

"Parece necesario, todavía aclarar con relación al concepto de notoriedad, que el principio de que lo notorio no necesita pruebas no es aplicable en aquellos casos en los cuales la ley exige la notoriedad como elemento determinante del derecho. Así ocurre con la **posesión notoria** del estado civil; la **suficiencia notoria**; la **incapacidad notoria**; la **notoria mala conducta**, a que las leyes aluden reiteradamente. Si se fueran a aplicar irreflexivamente las ideas que se acaban de exponer, se debería llegar a la conclusión de que el hijo que disfruta de posesión notoria no necesita producir prueba de ese extremo. Esta petición de principio sería absurda, porque lo notorio es, en tal caso, el propio hecho controvertido, y la condición necesaria para la existencia del derecho. Es, entonces, **objeto de prueba**, por cuanto lo que se discute es, justamente, su existencia o inexistencia".

El demandante, equivocadamente y de manera implícita, afirma como hecho notorio de su demanda lo que constituye un derecho de propiedad que debe probarse. En efecto: nadie pone en duda la existencia del Ferrocarril de Antioquia y eso sí es un hecho notorio. En cambio es muy distinto el derecho de propiedad o saber a quién pertenece el Ferrocarril de Antioquia: porque ese Ferrocarril puede ser de propiedad del Departamento o puede ser una empresa privada de cualquier género.

El Tribunal, cuando falló este negocio, incurrió en el error de tener por hecho notorio que el Ferrocarril de Antioquia pertenece o es de propiedad del Departamento de Antioquia. Es decir, confundió el hecho notorio de la existencia del Ferrocarril de Antioquia, con el derecho de propiedad o pertenencia del Departamento, el que ha debido demostrarse.

Porque es bien sabido que el derecho real de dominio sobre los bienes raíces, no se prueba o se pone en evidencia sino por medio de título debidamente registrado, según lo establece nuestro ordenamiento legal. La existencia de ese título, que se deriva de un acto o de un hecho jurídico, supone la prueba adecuada de este hecho o de ese acto, dentro del sistema de adquisición del dominio que tiene consagrado nuestro Código Civil. El hecho notorio no puede, pues, referirse a una situación o estado de derecho como es el de propiedad de los inmuebles, y si se pretende establecer esa situación o ese estado como hecho notorio, no debe el juzgador aceptar la prueba que en tal sentido se aduzca. Si esto no fuera así bastaría con alegar —por los medios probatorios con los cuales se establecen los hechos notorios contradichos o por la simple afirmación del juzgador tal como la hace el Tribunal—, que determinado inmueble pertenece a determinada persona, para dar por aceptada y demostrada esa propiedad con mengua de los principios normativos sobre el modo de adquirir el dominio y. con perjuicio de los intereses de los asociados, cuya tutela jurídica está encomendada a los órganos o ramas del poder público. Sería irreflexivo, por decir lo menos, sostener que un inmueble es de propiedad de Pedro por ser de pública notoriedad ese hecho, cuando ha podido ocurrir que ese bien raíz no haya pertenecido a su haber patrimonial, o haya pasado a otras manos con las formalidades legales de que se ha hecho mención. De donde se concluye que por medio del hecho notorio no se puede configurar el derecho de dominio de los bienes raíces, cuya propiedad se ha controvertido en el juicio, si no ha sido demostrado ese derecho de acuerdo con la norma legal.

Como se ha visto, la tesis del demandante es la de que el Ferrocarril de Antioquia —al cual correspondía el tren que se volcó y causó la muerte del menor Berrio— es de propiedad del Departamento de Antioquia. Es una afirmación sobre derecho de dominio para cuya adquisición se requieren determinados requisitos que son los que, cumplidos legalmente, prueban ese derecho. No puede entonces, para establecer una consecuencia legal del mismo derecho, como es la obligación, por parte del Departamento de Antioquia, de comparecer en este juicio en calidad de demandado, dársele a tal derecho calidad de notorio para de esa manera considerarlo plenamente demostrado. Y mucho menos cuando el demandado, desde la contestación de la demanda, lo ha negado expresamente.

Ante todas estas consideraciones la conclusión es terminante: no se ha demostrado, de ninguna manera, que el Ferrocarril de Antioquia pertenezca al Departamento de Antioquia; luego no está debidamente establecido uno de los elementos de la acción, o sea la legitimación en causa, y por tanto no queda otra alternativa que revocar el fallo recurrido para absolver a la entidad demandada.

En consecuencia la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia

del Tribunal Superior de Medellín, proferida el ocho de junio del presente año, y en su lugar ABSUELVE al Departamento de Antioquia de los cargos de la demanda.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expedien al Tribunal de origen.

Aníbal Cardoso Gaitán—Luis Enrique Cuerv Aráoz — Roberto Goenaga—Camilo Rincón Lar Jorge García Merlano, Srio.

I N D I C E

Págs.

SALA PLENA

Acusación contra un Registrador Nal. del Estado Civil—Sobreseimiento definitivo en su favor.—Se sobresee definitivamente en favor del doctor Julián Cock Escobar por los cargos que se le hicieron en denuncia presentada por el señor Ricardo Castañeda Moreno en virtud de actos ejecutados por aquél en el desempeño del cargo de Registrador Nacional del Estado Civil.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 565

Inexequibilidad del artículo 5º del Decreto número 2.770 de 1953 por medio del cual se establece un gravamen a los inmuebles que atraviese el ferrocarril del valle del río Magdalena. — La expropiación de la propiedad privada.—Impuesto de valorización.—Compensación entre el beneficio recibido por el paso del ferrocarril y la ocupación de tierras para su construcción. La potestad que tiene el Gobierno para tomar medidas en uso de las facultades que en estado de sitio puede ejercitar, no se extiende a dictar disposiciones que vulneren la garantía dada al derecho de propiedad.—La Corte declara que es inexequible el artículo 5º del Decreto número 2.770 de 23 de octubre de 1953 y a su vez decide que son exequibles los artículos 3º y 4º del mismo Decreto, acusados de inconstitucionalidad por el ciudadano Manuel José Vargas Ramírez. — Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada..... 571

Naturaleza y fuerza de los Decretos-Leyes dictados en ejercicio de facultades extraordinarias concedidas por el Congreso.—Inalienabilidad e inembargabilidad de la vivienda popular.—Inversión de reservas de las empresas en documentos de deuda pública.—Revisión de la contabilidad para fines tributarios.—La Corte resuelve que son exequibles los artículos 15, 18 (inciso 2º) y 25 del Decreto-Ley número 380 de 12 de febrero de 1942; que el artículo 34 del Decreto-Ley número 554 de 1942, también es exequible; que no hay lugar a pronunciarse sobre la exequibilidad de los artículos 1º, 2º, 3º y 7º del Decreto-Ley número 380 de 1942, y de los artículos 6º, 11, 16 y 18 (incisos 1º, 2º y 3º) del Decreto-Ley número 554 de 1946. Todos los cuales han sido acusados como inconstitucionales por el ciudadano Mauricio Mackenzie. Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 577

La decisión de inexequibilidad no procede respecto de actos insubsistentes.—Se decide que no hay lugar a resolver sobre la demanda de inconstitucionalidad del art. 18 del Decreto Legislativo número 2266 de 1952, formulada por el ciudadano Francisco Daza.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 589

Derechos adquiridos en materia de prestaciones sociales.—En ejercicio de las facultades extraordinarias del estado de sitio el Presidente de la República no puede derogar ni modificar las leyes.—Se declaran exequibles los artículos 1º y 2º del Decreto Legislativo 3.217 de 9 de diciembre de 1953 e inexequible el artículo 3º del mismo Decreto, acusado de inconstitucional por el ciudadano Severo Galindo Díaz—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 591

Salvamento de voto del magistrado doctor Alberto Zuleta Angel 596

Acusación de inconstitucionalidad de los artículos 2º, 3º y 4º de la Ley 98 de 1948; 6º y 26 del Decreto 3.842 de 1949; 1º, 2º,

Págs.

3º y 4º del Decreto 0690 de 1950 y de los artículos 1º a 5º, 7º, 9º, 10º, 15º y 16º del Decreto 1.137 de 1950.—La doctrina tradicional de la sustracción de materia.—Contrasentido de una sentencia en que hagan consideraciones de fondo cuando no hay problema que resolver o materia sobre la cual fallar.—La Corte declara que son exequibles los artículos 2º y 3º de la Ley 98 de 1948; se inhibe de fallar sobre los artículos 2º y 4º de la misma Ley en cuanto habla de los sellos de garantía, 6º y 26 del Decreto 3.742 de 1949 y 1º, 2º, 3º y 4º del Decreto 0690 de 1950; y se abstiene de conocer de la acusación de los artículos 1º, a 5º, 7º, 9º, 10º, 15º y 16º del Decreto número 1.137 de 1950, por falta de competencia. Todos ellos acusados de inconstitucionalidad en demanda presentada a la Corte por los ciudadanos Enrique A. Becerra y Carmelo González Cortina. Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 597

Salvamento de voto del Conjuez, doctor Gonzalo Vargas Rubiano 604

La Corte se abstiene de proferir fallo de inexequibilidad de los artículos 5º, 6º y 7º del Decreto Legislativo número 1.037 de 1951, por no estar vigentes dichas normas. La Corte se pronuncia en tal sentido porque las disposiciones acusadas en demanda de inexequibilidad del ciudadano Carlos H. Pareja, han dejado de regir por cuanto tenían vigencia transitoria para los escrutinios de las elecciones siguientes a su fecha.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo 608

SALA DE CASACION CIVIL

Acción resolutoria de un contrato de arrendamiento por vencimiento del término estipulado para su duración.—La Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario de Jacobina Varón contra Juan Gómez.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre 610

Págs.

Ante la Corte, como Tribunal de Casación, se puede desistir del recurso correspondiente pero no del juicio principal.—La Corte deniega la solicitud de que se declare terminado el juicio promovido por María Elena Salinas de Bautista y otros contra el Municipio de Bogotá por el motivo expresado.—Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel..... 615

Desistimiento del recurso de casación. — En el juicio a que hace referencia el aparte precedente de este Indice, se acepta el desistimiento del recurso de casación interpuesto por el Municipio demandado..... 616

Acción sobre pago de unos honorarios profesionales.—Error de hecho en la apreciación de un peritazgo.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín con fecha 20 de enero de 1954, en el juicio ordinario promovido por el doctor Aquileo Calle H. contra el señor José Domingo Garcés, y en su lugar, falla a favor del demandante en el juicio.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse 617

Juicio sobre declaración de pertenencia de unos predios. — Caso en que quien no es comunero alega la usucapión contra una comunidad.—Causal segunda de casación. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga pronunciada en el juicio ordinario seguido en virtud de la oposición de la señora Aquilina López viuda de González y Teófilo López a la demanda sobre declaración de pertenencia de dos predios formulada por la señora Raquel Durán ante el Juez Civil del Circuito de Buga.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre 627

Se decreta el divorcio de un matrimonio civil con base en la causal 4ª del artículo 154 del Código Civil.—Sentido y alcance del término "absoluto" usado por el Código Civil en su artículo 154 para precisar el abandono del marido en el cumplimiento de los deberes de esposo y de padre.—La Corte casa la sentencia proferida por

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Págs.

el Tribunal Superior de Bogotá el 19 de abril de 1955, en el juicio ordinario sobre divorcio y disolución de la sociedad conyugal promovido por Helma Kaufmann contra Gunter Traslateur—Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada..... 632

Acción de filiación natural.—Posesión notoria del estado de hijo natural.—En el juicio ordinario seguido por Matilde, Marta Cecilia y Emma Aguilera Castro contra Rafael D. Aguilera y otra, sobre filiación natural y petición de herencia, se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto y reformando la de primera instancia se declara a las demandantes hijas naturales de Zenón Fabio Aguilera y herederas de éste. — Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel..... 638

La Corte reitera la doctrina sobre presunción de validez del testamento.—Validez de una asignación testamentaria en favor de un establecimiento que no es persona jurídica.—No se casa la sentencia de fecha 16 de octubre de 1953, proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el juicio ordinario seguido por María Elena Montes González de Aranzazu contra Guillermo Gutiérrez J. sobre nulidad de un testamento nuncupativo.—Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 649

Salvamento de voto del magistrado doctor José J. Gómez R., en relación con la parte motiva del fallo anterior sobre el tercer cargo formulado en casación, redactada por el magistrado doctor José Hernández Arbeláez 657

Reivindicación.—Cargo en casación por supuesta infracción del artículo 1º del Decreto Legislativo 243 de 1951 que se refiere a la oportunidad de recibir el pleito a prueba en la segunda instancia—Las hijuelas de adjudicación en juicio sucesorio como prueba suficiente de dominio. — No se casa la sentencia del 15 de diciembre de 1954 proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario instaurado por el Pbro. Víctor Gómez O. y Gabriel Rojas V. contra Leonor Arango viuda de Marulanda.—Magistrado ponente: Dr. José Hernández Arbeláez..... 669

Acción resolutoria de un contrato de compraventa por incumplimiento de una de las partes y consecuencial de indemnización de perjuicios. — Responsabilidad de los urbanizadores por la negativa de las autoridades en conceder licencia a los compradores de lotes para construir.—Interpretación de los contratos. — La Corte casa la sentencia de fecha 5 de octubre de 1954 proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario iniciado por Germán Montoya Vélez y Luis Restrepo contra Francisco Saldarriaga y otra, y revocando la de primera instancia se declara parcialmente resuelto el contrato perfeccionado por escritura pública número 3.424 de 23 de abril de 1951 de la Notaría Cuarta de Medellín.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez.. 672

Determinación de las cosas objeto de la acción de dominio.—Puede ser considerado como cuerpo cierto o cosa singular un conjunto de unidades de cierto género si está bien singularizado o determinado como conjunto, como tal "hato" de ganado vacuno, tal 'rebaño'—En el juicio ordinario de Tomás Botero Peláez contra la sucesión de Epifanio Peláez R., sobre propiedad de unos semovientes, la Corte casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales el 24 de agosto de 1954, y en su lugar confirma la de primer grado pronunciada por el Juez Civil del Circuito de Salamina. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Felipe Latorre U. 683

Prueba de la entrega de la mercadería al consignatario en el contrato de transporte. Si el consignatario no hace el canje de la carta de porte o no otorga recibo, el porteador puede probar la entrega de las mercancías por otros medios que acrediten suficientemente el hecho del recibo de ellas por aquél.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario de Eva Feld-

Págs.

man contra Grace & Cía. (Colombia) S. A.—Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila 690

Condiciones de la acción reivindicatoria.—Singularidad de la cosa reivindicada.—Deslinde y reivindicación.—La prueba del dominio del inmueble reivindicado es la escritura pública registrada.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali, de fecha 5 de marzo de 1955, dictada en el juicio ordinario promovido por el Pbro. Diego de Jesús Zuluaga contra Miguel Bolaños. — Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra 704

Excepción de prescripción de la acción resolutoria de un contrato.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá dictada en el juicio ordinario seguido por Mercedes Jiménez v. de Jiménez y otros contra Mercedes y Leonor Valencia o Hurtado.—Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel 713

Acción de simulación. — No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cali en el juicio de Faustino Fernando Maldonado H. contra Luis F. Rodríguez y Efigenia Collazos de Varela, sobre simulación de unos contratos de compraventa. Magistrado Ponente: Dr. Alberto Zuleta Angel 716

No se necesita el consentimiento de la mujer para la enajenación que el marido haga de bienes de la sociedad conyugal ilíquida, adquiridos con anterioridad a la vigencia de la Ley 28 de 1932.—No se casa la sentencia de 1º de abril de 1955 proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario seguido por Rosina del Vecchio contra María Mendoza de Sánchez sobre nulidad de un contrato de compraventa.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez..... 720

Origen histórico de la acción de enriquecimiento sin causa. — Es una acción subsidiaria.—Elementos constitutivos. —El concubinato ante la ley.—Este no prueba ningún género de relaciones de derecho entre los amancebados.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín con fecha 18 de enero de 1955 en el juicio ordinario de Eduardo Escobar Toro contra Elisa Calle Arboleda sobre existencia de una sociedad de hecho y otras peticiones.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez..... 724

Acción de simulación y subsidiaria de nulidad de un contrato.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, pronunciada el 29 de julio de 1954 en el juicio ordinario de Manuel Antonio Ocampo contra Guillermo Ocampo Rodas.—Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila 734

El mandato judicial acreditado para actuar en representación de una de las partes durante el juicio no necesita facultad expresa para recurrir en casación.—Se declara admisible el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, en el juicio ordinario de Alfonso U. Mendoza contra Enrique Castellanos, contra la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena fechada el 26 de julio de 1955..... 741

La ilegitimidad de la personería adjetiva, como causal de nulidad procesal y motivo de casación.—Principio de prueba por escrito en materia de mandato judicial.—Demostración de la inexistencia de la prueba principal del estado civil.—Violación-medio y violación-fin de la ley.—Etica profesional del abogado—No se casa la sentencia de fecha 7 de marzo de 1955, pronunciada por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario iniciado por Néstor Castro contra Rosa o Rosana Castrillón y otros, sobre pago de una suma de pesos. — Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 743

La nulidad procesal en el juicio y en el recurso de casación. — Alcance del artículo 3º de la Ley 60 de 1916, sobre tierras ocupadas por indígenas.—Efectos de la declaración administrativa sobre inexistencia de un resguardo de indígenas (artículo

Págs.

14 Decreto-Ley 1421 de 1940).—No se casa la sentencia del 2 de diciembre de 1954, pronunciada por el Tribunal Superior de Pasto, en el juicio ordinario de Otoniel Armero y Luis Jiménez contra Rosa Calvache Sapuyes.—Magistrado Ponente: Dr. José J. Gómez R. 750

cción reivindicatoria. — La sentencia judicial aprobatoria de la partición en los juicios divisorios es simplemente declarativa de propiedad. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Popayán el 31 de mayo de 1954, en el juicio reivindicatorio instaurado por Bernabé Vidal contra Plácida Tróchez v. de Sandoval, Román Sandoval Tróchez y otros.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 755

Capacidad para ser parte de las sociedades extranjeras y capacidad procesal de sus representantes. — Interpretación del contrato en materia de instrumentos negociables.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 15 de abril de 1955, dictada en el juicio ordinario seguido por la sociedad "A. Kiener & Cía." contra Emilio Matuk y Rosa María Morales de Matuk.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Barrera Parra..... 759

Simulación absoluta de unos contratos. — Prueba indiciaria.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo el 12 de noviembre de 1953, en el juicio ordinario promovido por las señoras Emma Gregoria Mejía de Mojica y Ana Gregoria Mejía de Machuca Meléndez en nombre de la sucesión intestada del doctor Siervo Mejía G., contra el doctor Miguel A. Angarita Garzón y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse 773

SALA DE CASACION PENAL

Técnica de casación.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, fechada el 20 de mayo de 1955, en la cual se condenó a Pedro Nel Fernández Sierra por los delitos de homicidio y lesiones personales.—Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 797

Abuso de autoridad.—La Corte sobresee definitivamente en favor del Mayor en retiro Alfonso Lamo Pulido por los delitos de abuso de autoridad y falsas imputaciones hechas ante la misma de que lo sindicó el doctor Juan N. Mojica.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra..... 801

Colisión de competencias en el conocimiento de un proceso seguido contra un ex-agente de la Policía Nacional.—La Corte decide que el conocimiento del negocio contra Samuel Gélvez Valencia por lesiones personales, corresponde al Juez Municipal de San Gil y no a la justicia militar.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra..... 805

No se puede proceder a la calificación del sumario sin que la investigación esté cerrada por medio de un auto en firme.—Importancia de este auto. — Se revoca la providencia del Tribunal Superior de Medellín proferida en las diligencias adelantadas contra el doctor Manuel Franco Rodríguez, ex-Juez Penal del Circuito, a fin de que se observen requisitos procesales pretermitidos. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra 807

Tentativa y delito frustrado. — Nulidades constitucionales.—La Sala invalida el fallo de nueve de diciembre de 1954 proferido por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el juicio seguido contra Jorge González Cerón por un delito de homicidio imperfecto. — Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro..... 809

La violencia carnal. — Violencia física presunta por causa accidental.—La Corte casa la sentencia del 2 de julio de 1954, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en la causa seguida a Jorge Alberto Lozano Sanabria y, en su lugar, lo absuelve de los cargos formulados en el auto de proceder. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 815

Colisión de competencias.—Delitos conexos. Se dirime la colisión de competencias sur-

Págs.

gida entre el Juez Segundo Penal del Circuito de Manizales y el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira en el proceso adelantado contra Rigoberto Aristizábal por los delitos de rapto y estupro. Se decide que es al primero de los Juzgados nombrados a quien corresponde su conocimiento—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 822

Impedimentos.—Se ordena devolver al Tribunal las diligencias a fin de que se cumplan los requisitos legales en la tramitación de un impedimento manifestado por un Magistrado en el conocimiento del proceso adelantado contra Gerardo Rincón Torres por homicidio. — Magistrado sustanciador: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 824

Extinción de la acción penal.—Se confirma la providencia del Tribunal Superior de Cali por la cual se declara extinguida la acción penal y se ordena la cesación del procedimiento contra el doctor Tulio Londoño Botero. — Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 826

Prescripción. — Se confirma providencia del Tribunal Superior de Medellín por medio de la cual declaró prescrita la acción penal en favor de los doctores Enrique Giraldo Z. y Jesús Muñoz Duque y la revoca en lo relativo al doctor Jesús Arango Muñoz, por no ser éste sujeto de ninguna acción penal. — Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 828

Sentencia.—Artículo 153 del C. de P. P.— Se ordena cesar todo procedimiento contra los doctores Enrique Nieto Carrol y Federico Rodríguez Barrios por los cargos que se les hicieron en denuncia presentada por el doctor Zenón Hernández Moré. — Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 830

Inadmisibilidad de una prueba pericial solicitada en un proceso.—Se confirma providencia del Tribunal Superior de Cali por medio de la cual se negaron unas pruebas solicitadas en el proceso que se sigue al doctor Ernesto Garcés O'Byrne, Juez 4º del Circuito. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra 83

Amplitud de los juzgadores de instancia en la apreciación de las pruebas. — Robo.— Uso de "llaves falsas".—Improcedencia de la causal tercera de casación en los negocios adelantados por el procedimiento de la Ley 48 de 1936.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, de fecha 10 de noviembre de 1954, en la cual se condena a Luis Enrique Galvis Ordóñez por el delito de robo.—Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez.... 835

Abuso de confianza.—Colisión de competencias.—Se dirime la colisión de competencias suscitada entre el Juzgado 1º Penal del Circuito de Cartago y el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira, en el sentido de atribuir al primero el conocimiento del negocio que se adelanta contra Arturo Ospina.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro..... 849

Recurso de queja.—La Corte se abstiene de investigar denuncia contra magistrado de un Tribunal Superior, por cuanto el hecho denunciado no se ofrece a su conocimiento como infracción penal. — Se decide en la forma anterior la queja presentada contra el doctor Manuel Jesús Lucio, magistrado del Tribunal Superior de Cali, por el señor Noel Arango. — Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve..... 852

Restitución y prórroga de términos judiciales.—No se accede a la petición de restitución del término para formular demanda de casación solicitada por el doctor Alfonso Uribe Noguera como apoderado de Alberto Bejarano Beltrán—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro. 860

Prevaricato. — Se confirma la providencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva el 19 de febrero de 1955, en la cual se sobresee definitivamente en favor del doctor Martiniano González Díaz, acusado por

Págs.

los delitos de prevaricato y abuso de autoridad—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 862

Prueba testimonial.—Se confirma la providencia del Tribunal Superior de Pereira, por la cual se sobresee definitivamente en favor del señor Jesús María Patiño Herrera, acusado por un delito de falsedad en documentos públicos.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro. 865

Inadmisibilidad de un recurso de casación. Se declara inadmisible el recurso de casación interpuesto por el señor defensor de Carlos Matiz López contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que lo condenó por el delito de lesiones personales.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra 868

Nulidades constitucionales.—Cuándo pueden admitirse. — Anular no es lo mismo que revocar.—Las circunstancias de menor peligrosidad no son modificadoras del delito sino de la pena.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Cartagena, el 18 de julio de 1955, por la cual se condena a Miguel Antonio Reales Dávila por el delito de homicidio. — Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 870

Nulidades constitucionales—La Corte decreta la nulidad en un proceso penal por cuanto en el cuestionario sometido al jurado no se interrogó sobre los hechos constitutivos del delito sino sobre la denominación jurídica del mismo y se omitieron las modalidades del delito que fueron materia de los cargos formulados en el auto de proceder.—Es erróneo afirmar que las nulidades constitucionales se reducen a la "incompetencia de jurisdicción"—La Corte casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo el 17 de mayo de 1955 en el juicio penal seguido contra Pedro Buitrago, Ricardo Buitrago y Evaristo Rojas por el delito de homicidio, y declara nulo lo actuado a partir del auto que señaló fecha para el sorteo de Jurados.—Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez..... 877

Págs.

Delito de responsabilidad.—Se revoca providencia del Tribunal Superior de Popayán en el proceso seguido contra el doctor Isaac Velosa F., Juez Penal del Circuito de Santander (Cauca). — Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro. 885

Prescripción. — Se reforma providencia del Tribunal Superior de Cartagena dictada en el proceso seguido contra el doctor Jorge Fadul Bitar, por el delito de abuso de autoridad y otras infracciones; se resuelve que la acción penal no puede proseguirse por hallarse prescrita y se ordena cesar todo procedimiento contra aquél. — Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 887

Homicidio preterintencional—Desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, de fecha 13 de febrero de 1954, por la cual se confirmó la proferida por el Juzgado Tercero Superior del mismo Distrito, en que se absolvió a Luis Ernesto González García del delito de homicidio. — Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 889

Abuso de autoridad.—Se confirma la providencia del Tribunal Superior de Pasto, por la cual se sobresee definitivamente en favor del doctor Gerardo Arteaga Vega, sindicado por un delito de "los abusos de autoridad y otras infracciones". — Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 894

La sala de casación penal de la Corte ordena el levantamiento del embargo y secuestro preventivos de un inmueble, decretados en proceso penal, materia del recurso de casación, por cuanto el bien dejó de pertenecer al sindicado y pasó a ser de propiedad del interesado en el embargo preventivo, mediante sentencia judicial proferida por la sala de casación civil. — La Corte resuelve en el anterior sentido la solicitud hecha por el doctor Carlos Saúl Goyeneche para que se levante el embargo y secuestro de la hacienda denominada "Santa Otilia o Insula o Tabacal", ubicada en jurisdicción del municipio de Enciso

Págs.

(Santander) — Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 896

No se repone el auto anterior.—La Sala decide el recurso de reposición interpuesto por el doctor Ciro Enrique Goyeneche a la providencia de que da cuenta el aparte precedente de este Indice, para lo cual resuelve no reponerlo y niega, además, por inexistente, el recurso de súplica subsidiariamente interpuesto contra la mencionada providencia—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve..... 900

Solicitud de cambio de radicación de un proceso penal.—Se emite concepto desfavorable al cambio de radicación de los procesos acumulados contra Enrique Zalamea Lleras y otros, adelantados ante el Juzgado Segundo Superior de Bucaramanga. — Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 903

Abuso de autoridad. — Se confirma providencia del Tribunal Superior de Cartagena, por la cual se sobresee definitivamente en favor de los doctores Carmelo Saladem Marrugo y Marco Díaz Castillo, acusados por un delito de abuso de autoridad.— Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 907

Demanda.—Técnica de casación.—Se declara desierto el recurso interpuesto contra la sentencia de 26 de octubre de 1954, del Tribunal Superior de Buga, por la cual se condenó a José Antonio Márquez, Pedro Alberto Ospina Betancourt y otros por un delito de robo.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 908

Elementos esenciales de la "estafa". — No obsta para que el delito de estafa se configure el hecho de que la víctima actúe con fines inmorales o antijurídicos.—Falsificación de monedas.—La Corte casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pamplona por la cual se condenó a Francisco Antonio Prieto y Luis Ernesto Avila por un delito de estafa; y en su lugar declara nulo todo lo actuado a partir del auto de fecha 25 de septiembre de 1953, inclusive, que ordenó abrir a pruebas el negocio, a fin de que se reponga el procedimiento desde allí.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Zafra 910

Págs.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Acción petitotoria de pago de una suma de pesos.—Se confirma sentencia del Tribunal Superior de Medellín de fecha 20 de abril de 1955, proferida en el juicio ordinario instaurado por la sociedad comercial "Hijos de José Yacamán", contra el Departamento de Antioquia.—Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán..... 921

Acción de indemnización de perjuicios por el decomiso de unas botellas de alcohol. Para que los actos ejecutados por los funcionarios en el ejercicio de sus cargos puedan comprometer la responsabilidad civil de la administración se necesita que sean ilegales o arbitrarios.—Se confirma la providencia de fecha 23 de junio de 1955, dictada por el Tribunal Superior de Pasto en el juicio ordinario seguido por Walter Muller contra el Departamento de Nariño.—Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 925

La caducidad de los contratos administrativos—Nulidad de la resolución administrativa por medio de la cual se declara la caducidad de un contrato celebrado entre la nación y unos particulares, relativo a estudios y proyectos para la construcción de unas represas en la Guajira.—La Corte declara nulas las resoluciones números 1147 de 24 de septiembre de 1953 y la confirmatoria de la anterior, por las cuales el Ministerio de Agricultura declara administrativamente la caducidad del contrato celebrado entre la Nación y los señores Alfonso Guzmán Vanegas y otros, sobre unos estudios y proyectos para la construcción de represas en la Guajira; lo cual fue objeto del juicio ordinario instaurado por los contratistas nombrados contra la Nación. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A. 929

Págs.

Carece de acción para provocar el juicio breve y sumario contra un abogado el querellante que no acredita su condición de parte. — No se requiere ser abogado inscrito para litigar en esta clase de juicios de la ley 69 de 1945.—En el juicio sumario promovido por la señora Francisca Steckerl, contra el abogado Saúl Charris de la Hoz, se confirma la providencia del Tribunal Superior de Barranquilla por la cual sobreseyó a favor del acusado.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A. 955

Acción resolutoria de un contrato de donación.—La Corte revoca sentencia del Tribunal, y en su lugar decide que no procede, por ser prematura, la acción del demandante en el juicio.—En el juicio ordinario seguido por la sociedad colectiva de comercio "Manotas & Compañía", de Barranquilla, contra el Departamento del Atlántico, la Corte revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla el 28 de noviembre de 1953.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A. 962

Se absuelve a la Nación por cargos de responsabilidad en accidente de tránsito.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Neiva dictada en el juicio ordinario promovido por los señores Alberto y Benjamín Suárez contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 971

No se admite la demanda de deslinde y amojonamiento de un predio por carecer el demandante de la posesión material del mismo.—En el anterior sentido, se confirma el auto del Tribunal Superior de Cali, de fecha 30 de abril de 1955, en la demanda presentada por el señor Vicente López Gómez contra el Departamento del Valle del Cauca.—Magistrado sustanciador: Dr. Roberto Goenaga 973

Quejas contra un abogado por faltas contra la ética profesional. — El requisito de la caución del artículo 17 de la ley 69 de 1945.

Págs.

Se confirma la providencia del Tribunal Superior de Barranquilla por la cual se absuelve al abogado Adalberto Reyes Olivares de los cargos que le formulara el ciudadano Daniel Preciado González—Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga.. 977

Ocupación de terrenos de propiedad privada por la Nación con ocasión de trabajos públicos.—Reivindicación. — Competencia.—Prueba del dominio privado de las zonas ocupadas.—En el juicio ordinario instaurado por los sucesores testamentarios de don Francisco Carbonell Wilches contra la Nación sobre propiedad de un terreno denominado "La Loma", comprendido en el área urbana de Barranquilla, la Corte confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla el 8 de abril de 1954. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A. 980

Se suspende un juicio civil por estar cursando un proceso penal militar, cuya decisión puede influir en aquél.—Se confirma la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por la cual se decretó la suspensión del juicio ordinario de Flor María Pacheco v. de Muñoz contra la Nación. — Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 991

Queja contra un abogado por faltas en el ejercicio de la profesión. — Se revoca la providencia del Tribunal Superior de Cali de fecha 25 de junio de 1955, por la cual se había condenado al doctor Raúl Molina Bautista por faltas contra la profesión de abogado, y en su lugar se le absuelve de los cargos formulados contra él por el señor Florentino Infante. — Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara..... 996

Se sanciona a un abogado por faltas cometidas en el ejercicio de su profesión.—Se reforma providencia dictada por el Tribunal Superior de Ibagué el 11 de junio de 1955, en el juicio sumario seguido contra el doctor Nicolás González Torres por faltas graves contra la moral profesional.—

Págs.

Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A. 1005

Constituye falta grave contra la moral profesional de la abogacía constituir una sociedad para su ejercicio, con persona que carece del título de idoneidad correspondiente. — Se confirma la providencia mediante la cual el Tribunal Superior de Neiva condenó al doctor Fredermán Cantor Rengifo por faltas cometidas en el ejercicio de su profesión de abogado—Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara 1010

No se accede a aclarar la sentencia anterior 1015

La demostración de los hechos de la demanda y "el hecho notorio".—La legitimación en la causa elemento de la acción. — En el juicio ordinario seguido por el señor Francisco Luis Berrío contra el Departamento de Antioquia, la Corte revoca la providencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín y en su lugar absuelve al Departamento de los cargos formulados en la demanda.—Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara..... 1016

NOTA — Con el presente número termina el Tomo LXXXI de la "GACETA JUDICIAL"; el número 2162 estará destinado a "INDICE Y JURISPRUDENCIA" del mismo Tomo.

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

PUBLICACION DIRIGIDA POR LOS DRS. LUIS ANTONIO ALVARADO PANTOJA Y JULIO J. BENETTI SALGAR

TOMO LXXXI 1956 NUMERO 2162

EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL PRESENTE TOMO LXXXI (NUMEROS 2157 A 2161, AGOSTO A DICIEMBRE DE 1955), DE LA "GACETA JUDICIAL"

— A —

— 1 —

ABANDONO ABSOLUTO DE LOS DEBERES DE ESPOSO Y PADRE (Alcance del ord. 4º del art. 154 del C. C.)

El Tribunal interpretó el "absoluto abandono" del marido en sus deberes de esposo y de padre (ordinal 4º del artículo 154 del C. C.), en el sentido, no sólo de omisión en el cumplimiento de sus obligaciones, sino de omisión crónica o en el tiempo.

La Corte estima que ese criterio cronológico o de tiempo, usado de modo exclusivo, es errado, y que el término que emplea el Código Civil de "absoluto", para precisar el abandono del marido en sus deberes, es el más propio para definir el punto. Lo absoluto es lo completo, total o definitivo, término opuesto a lo incompleto, deficiente o temporal. Hay, pues, abandono absoluto de los deberes de esposo y de padre cuando un hombre deja de cumplirlos en tal forma, que los fines que la ley ha tenido en cuenta para señalarlos no pueden cumplirse. Y si a veces el tiempo puede ser una circunstancia que señale el abandono completo, en otras no podrá indicarlos de manera segura y en ocasiones, no tendrá significación ninguna. Un marido o padre que en un instante deja su hogar, abandona de modo absoluto el cumplimiento de sus deberes, si las circunstancias indican que no piensa volver a prestar la tutela moral y económica a que está obligado, o sea, que no es un abandono temporal. Desde luego, las apreciaciones de ésta como las de las otras causales de divorcio, que lo son también de separación de bienes, han de quedar al prudente arbitrio del juez, dado que no es posible señalar pautas rígidas en el particular. (Casación Civil. Noviembre 23 de 1955. T. LXXXI — Nos. 2160 y 2161). . . . . 634, 1ª y 2ª

— 2 —

ABANDONO ABSOLUTO DE LOS DEBERES DE ESPOSO Y PADRE (Alegar causa justa para el abandono es una verdadera excepción que corresponde probarla a quien la invoca)

A la mujer le correspondía probar el abandono absoluto y al marido la causa justa del mismo, esto es, de los motivos legales que tuvo para dejar de cumplir con sus obligaciones, ya que él es quien alega esa circunstancia. Sería un absurdo que a la mujer que

demandara a su esposo por haber dejado de cumplir con sus deberes, sin causa alguna, se la obligara a demostrar que no tuvo razón legal para omitirlos, pues esto constituye una verdadera excepción para el marido, ya que, según el artículo 156 del Código Civil el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no ha dado lugar a él. (Casación Civil - Noviembre 23 de 1955. T. LXXXI — Nos. 2160 y 2161). 635, 2ª

— 3 —

ABANDONO DEL CARGO (Cómo se incurre en este delito)

El delito de abandono del cargo previsto por el artículo 178 del Código Penal puede ocurrir, ora porque el funcionario abandone el puesto antes de que se posesione el individuo que debe reemplazarlo, bien, porque sin licencia, renuncia, permiso o causa justificativa, deje de concurrir a su oficina con perjuicio de los intereses sociales.

La determinación del dolo o intención manifiesta de violar la ley y el perjuicio causado a las partes en los negocios que cursan en su despacho, son —en este caso— elementos determinantes de la responsabilidad. La omisión o falta de asistencia del Juez o funcionario a sus oficinas en horas precisas y determinadas, no es constitutiva de delito, si, por otra parte, el funcionario cumple con sus deberes y los negocios no acusan ningún retardo. (Casación Penal. Septiembre 9 de 1955. T. LXXXI Nos. 2157 -58) . . . . . 263, 1º y 2º

— 4 —

ABOGADOS (Faltas a la ética profesional en la revocación de poderes)

Faltan gravemente a la ética profesional los abogados que procuran obtener que a otros abogados se les revoquen los poderes, para lograrlos ellos; a lo cual no resta gravedad la circunstancia de no existir en Colombia organización alguna del gremio de abogados. (Casación Civil. Diciembre 14 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61.....749, 2ª

— 5 —

ABOGADOS (No se requiere ser abogado para promover las acciones de la ley 69 de 1945)

El abogado a quien se acusa de faltas graves cometidas contra la moral y el decoro de la profesión, plantea ante la Corte la cuestión previa de que no ha debido admitirse a la promotora de la queja, para que litigara en causa propia, sin ser abogado inscrito, de acuerdo con la Ley 69 de 1945.

Para resolver la cuestión se tiene en cuenta que la citada Ley, en su artículo 1º, aparte f) dice que no es necesario ser abogado inscrito para formular denuncios o querellas ante las autoridades. El artículo 8º expresa que los tribunales superiores de distrito, de oficio o a virtud de queja de parte interesada impondrán las sanciones que corresponden a faltas leves de los abogados cometidas contra la delicadeza y el decoro profesionales y el artículo 9º añade que por el mismo procedimiento se investigarán y castigarán las faltas graves cometidas en el ejercicio de la profesión, con las penas allí previstas. El artículo 2º de la Ley 69 se limita a decir que en el desarrollo de la acción penal pueden los procesados, sin necesidad de apoderado, interponer recursos, solicitar la libertad provisional y la condicional, actuar en las diligencias e intervenir directamente en todos los casos que de manera expresa autoriza la ley, sin que por lo mismo se exija la calidad de abogado inscrito. Pero ni este artículo ni el aparte f) del artículo 1º de la misma ley para nada contemplan el caso de un querellante a quien los artículos 8º y 9º de la misma ley llaman

parte interesada. De ahí que sea necesario hacer un breve análisis para poner en claro si en esta clase de asuntos puede el querellante, si no es abogado inscrito, litigar por sí mismo, o si, por el contrario, se requiere que constituya apoderado con ese carácter si él mismo no lo tiene.

El fin que se propone la ley 69 de 1945 es el de evitar el ejercicio incorrecto de la profesión, abriéndole la puerta a todo el que sea víctima de actuaciones censurables de un abogado, para hacerlas conocer de los tribunales, con el fin de aplicar las sanciones y el de facilitar todos los medios para evitar que se frustren los fines altamente moralizadores del Estatuto.

Si hubiera de exigirse que para la interposición de la querella, fuera indispensable hacerlo con el carácter de abogado inscrito, o por mediación de uno de ellos, se correría dos peligros de ineficacia de la ley, pues colocando a los profesionales en la situación penosa y aún odiosa de proceder contra sus colegas se restringiría notablemente el origen de estos juicios; y de otro se impediría el libre acceso a la justicia, de la clientela de los abogados, para hacer conocer hechos incorrectos cumplidos en el ejercicio de la profesión. Por estas razones debe concluírse que no se requiere ser abogado inscrito para litigar en juicios sumarios contra los abogados según la Ley 69 de 1945. (Negocios Generales. Noviembre 10 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) 958, 2ª

— 6 —

ABOGADOS (Naturaleza de la acción de la Ley 69 de 1945)

Dada la naturaleza SUI GENERIS de los juicios sumarios de la ley 69 de 1945, pues ocupan un lugar intermedio entre lo penal y lo civil, prima aquel aspecto, si el origen es una tramitación ordenada oficiosamente, y el segundo, si proceden de querella privada. Requisito indispensable para configurar la acción en este caso, es demostrar haber sufrido un daño o perjuicio cualquiera, en el patrimonio económico, o en el patrimonio moral, por las actividades del abogado a quien se acusa. Tal perjuicio no se acredita con la simple afirmación de la persona que dice sufrirlo, sino que es menester demostrarlo legalmente, mediante la participación en relaciones jurídicas que puedan dar origen a la querella, y el demandante no ha de limitarse a asumir el papel de la persona a cuyo conocimiento llegan los hechos constitutivos de delitos, que deben denunciarse por mandato del artículo 12 del código de procedimiento penal. De aquí se desprende que si el querellante no logra acreditar su condición de parte, según el criterio civil, carece de acción para provocar el juicio sumario contra el abogado y el juzgador queda inhibido para pronunciar sentencia, lo mismo que cuando no resulta la legitimación en causa tratándose de procesos civiles. El efecto es el mismo que lleva, en procedimiento penal, a un auto de sobreseimiento, como en las hipótesis previstas por el ordinal 1º del artículo 437 del código de la materia. (Negocios Generales. Noviembre 10 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161) 959, 1ª

— 7 —

ABOGADOS (Acciones de los arts. 17 y 8º y 9º de la ley 69 de 1945)

La acción pública consagrada por el artículo 17 de la Ley 69 de 1945, la cual sólo puede ventilarse ante la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, justifica plenamente la medida de la caución, no así en los otros casos de los artículos 8º y 9ª de la misma Ley en que no hay acción pública abierta a los interesados, pero sí existe autorización para el procedimiento oficioso por parte de los Tribunales, como lo ha venido exponiendo esta Sala en

diversos fallos. (Negocios Generales. Noviembre 23 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) . ... 979, 1º y 2ª

— 8 —

ABOGADOS (El Juez debe proceder con discreción, dadas las consecuencias de su fallo)

En la aplicación de las sanciones contra los abogados, por faltas cometidas en su ejercicio profesional, debe procederse discretamente y en forma meditada sobre cada uno de los hechos imputados, pues la mínima pena incide directamente no sólo sobre la profesión en sí misma, sino sobre la vida social, económica e intelectual del abogado acusado, con las naturales repercusiones en la órbita familiar. Aun cuando se demuestre ampliamente la inocencia del acusado, queda flotando en el ambiente un hecho molesto y pernicioso que conlleva la simple acusación. (Negocios Generales. Diciembre 6 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161). 1.002, 1ª

— 9 —

ABOGADOS (Faltan gravemente quienes patrocinan el ejercicio de la abogacía a quien no tiene título profesional)

El abogado titulado que se presta para burlar la finalidad perseguida por el artículo 40 de la Carta, facilitando el ejercicio de la profesión de abogado a quien no tiene título profesional, hasta el extremo de asociarse con él, tener oficina en común, repartirse los honorarios y, en fin, actuar en circunstancias de igualdad, está infringiendo la norma constitucional y las disposiciones legales que la desarrollan y en estas condiciones incurre en falta grave contra la moral profesional, falta que debe sancionarse de conformidad con las leyes 69 de 1945 y 21 de 1931. (Negocios Generales. Diciembre 16 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161). 1.014, 1

— 10 —

ABUSO DE AUTORIDAD (Por demoras)

"En el delito de abuso de autoridad por demoras —ha dicho la Corte— éstas, en la mayoría de los casos, no dependen de un hecho voluntario o intencional del funcionario que administra justicia; generalmente es la concurrencia de factores extraños a su voluntad la que impide que las providencias se dicten en los términos indicados por la ley. La presencia de un obstáculo material o de un imposible físico, proveniente del recargo de trabajo, volumen de negocios, tiempo para dictar una providencia de fondo o enfermedad debidamente justificada, son motivos razonables que impiden que los negocios se tramiten con la prontitud requerida y dentro de los plazos señalados por la ley".

"Las demoras provenientes de falta de actividad, descuido, omisión o negligencia en el desempeño de una función o en el ejercicio de un cargo, tienen que revestir el carácter de culpables o dolosas para poder configurar el elemento subjetivo; en otros términos, es la demostración del factor intencional o culposo en los actos del funcionario, y la comprobación de las demoras en las actuaciones judiciales, lo que caracteriza el delito; la ausencia de uno de estos elementos quita al hecho el carácter de infracción de la ley penal". (Casación Penal. Octubre 19 de 1955. T. LXXXI Nº 2159) 537, 1ª y 2ª

— 11 —

ABUSO DE AUTORIDAD (Por demoras)

Las demoras se imputan al funcionario cuando existe de parte de éste una conducta maliciosa o negligente en el desempeño de

os negocios encomendados a su cargo, pero cuando el retardo u omisión en pronunciar determinada providencia no dependen de su voluntad sino de factores ajenos a ella, como es el hecho de traspapelarse o confundirse el negocio, el dolo o la intención de violar la ley —en este caso— no tiene ninguna estructuración jurídica por ausencia del hecho que pueda generarlos, máxime cuando esa negligencia, si la hubo, no le es imputable a él sino a su inmediato colaborador. (Casación Penal. Diciembre 12 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61) .. 895, 2ª

— 12 —

ABUSO DE AUTORIDAD (Artículo 172 del C. P.)

La ley penal reprime a los funcionarios y empleados públicos que abusan de sus poderes, u omiten el cumplimiento de sus deberes oficiales; los sanciona tanto por obrar arbitrariamente, como por no hacer lo que la ley les manda en determinado caso. Y dentro de esta última hipótesis, crea un delito genérico o innominado de abuso de autoridad por omisión, para el oficial público que omite, rehusa o retarda ejecutar un acto a que legalmente está obligado (artículo 172 C. P.).

Los tres vocablos que emplea la citada norma penal (omitir, rehusar y retardar) no son equivalentes. El primero —omitir— es dejar de hacer algo. El segundo —rehusar— es no querer realizar una cosa. Y el tercero —retardar— es diferir el cumplimiento de un acto, en cuanto se deja transcurrir un intervalo de tiempo entre el momento en que la acción debía ejecutarse y aquel en que ella se realizó efectivamente.

De estas distintas modalidades del ilícito, asume mayor gravedad la del funcionario o empleado que REHUSA, porque ello implica una especie de rebeldía a cumplir lo que se le ordena o se le demanda legítimamente. En dicho evento, el funcionario se obstina y hace nugatorio el acto que de él se requiere como propio de su competencia. (Casación Penal. Octubre 20 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159) 541, 1ª

— 13 —

ABUSO DE AUTORIDAD (La bondad del móvil no lo desnaturaliza)

Cuando el uso ilegítimo de las facultades y poderes del funcionario o empleado público no está previsto como infracción específica, se le reprime subsidiariamente como delito genérico e innominado de abuso de autoridad. Su esencia consiste en ejercer una atribución que la ley no permite, o en ejecutar un acto cuyos presupuestos de hecho no concurren en el caso de que se trata, todo esto por capricho, prepotencia, rudeza autoritaria, o aún simplemente por celo mal entendido del ejercicio de la función. Porque es preciso aclarar que en esta clase de ilícitos, la bondad del móvil no lo desnaturaliza, en vista de que el bien jurídico tutelado por la norma penal es el solo cumplimiento regular de los actos de los funcionarios, sin consideración al fin concreto que ellos persigan con su conducta abusiva, ni a los daños particulares que puedan ocasionar a las personas. La nobleza o perversidad del motivo determinante apenas habrá de influír, en tales eventos, para la individualización de la pena, o para el otorgamiento, en su caso, de la condena condicional, y no más. (Casación Penal. Noviembre 4 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61) 802, 2ª y 803, 1ª

— 14 —

ABUSO DE AUTORIDAD (Las autoridades administrativas no pueden examinar las providencias judiciales)

La ley no les ha conferido a las autorida-

des administrativas la facultad de examinar las providencias de los Jueces, para decidir si éstas son jurídicas o antijurídicas y si deben o no cumplirse. El derecho positivo da otros caminos distintos para corregir los errores y desmanes en que incurran los funcionarios en su labor jurisdiccional. (Casación Penal. Noviembre 4 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160-61). 803, 1ª

— 15 —

ABUSO DE AUTORIDAD (El acto arbitrario debe producir daño a una persona o a una propiedad)

Para que un acto arbitrario constituya abuso de autoridad, se necesita que redunde en daño de una persona o de una propiedad. (Casación Penal. Noviembre 4 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61) 803, 2ª

— 16 —

ABUSO DE AUTORIDAD (Si el negocio no estuvo al despacho del funcionario acusado, no le es imputable el delito)

Demostrado que el negocio en el cual ocurrieron las demoras no estuvo al despacho de los Jueces acusados, es obvio que el delito de abuso de autoridad no es imputable a dichos funcionarios. Estos responden por el hecho de omitir, rehusar o retardar la ejecución de algún acto al que legalmente están obligados, pero no de aquellas omisiones o demoras en las cuales incurre su inmediato colaborador, y cuando éstas se consuman en la Secretaría del Juzgado, quien responde es la persona que desempeñaba el cargo de Secretario y no el Juez por no tener el negocio a su despacho. (Casación Penal. Diciembre 14 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61). 907, 2ª

— 17 —

ABUSO DE CONFIANZA (Caracteres del delito)

El delito de abuso de confianza se caracteriza por la apropiación en provecho propio o de un tercero de una cosa mueble ajena, confiada por un título no traslaticio de dominio, lo cual implica que al vencimiento de la obligación debe restituírse a su dueño, porque éste no tuvo la intención de transferir el derecho de propiedad. Carrara al referirse a esta infracción dice que es "la dolosa apropiación de una cosa ajena entregada por el dueño por un título no traslaticio de dominio o para un uso determinado", definición que concuerda con los elementos que estructuran el delito dentro del Código Penal Colombiano.

Si el delito de abuso de confianza se consuma por la apropiación, es obvio que la intención de quien lo comete debe traducirse en la realización de actos externos que demuestren el fin ilícito de la misma, pues mientras la intención permanezca en el plano de las ideas o en el ámbito moral de la persona, no puede hablarse con propiedad de una infracción de la ley penal; sólo cuando la idea se traduce en actos exteriores violatorios de las normas sustantivas del Código Penal, se puede afirmar que se está en presencia de un delito de abuso de confianza. (Casación Penal. Noviembre 26 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61) 851, 1ª

— 18 —

ABUSO DE CONFIANZA (Dónde se consuma el delito cuando la entrega de la cosa no se hace en el lugar y términos convenidos)

Cuando la entrega o devolución de bienes no se hace en el lugar que determine la convención y en los términos de la misma, el delito de abuso de confianza para efectos de

la jurisdicción y competencia se consuma en el lugar donde debían restituírse de acuerdo con la obligación contractual. Cuando esto no se cumple porque las cosas muebles ajenas fueron vendidas con posterioridad al contrato inicial, la actuación dolosa y la apropiación tienen plena confirmación. La venta de los bienes puede verificarse en lugar distinto al primitivo contrato, pero este hecho aunque si bien es verdad puede demostrar un principio de apropiación, ésta sólo se consuma en el sitio donde debían entregarse los bienes recibidos por título no traslaticio de dominio. En este mismo sentido se pronuncia Soler al hablar de la competencia de estos hechos, cuando dice: "el delito se consuma en el lugar donde la obligación debe ser cumplida y no en aquel en que las cosas fueron distraídas o apropiadas". (Casación Penal. Noviembre 26 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61) 851, 1ª y 2ª

— 19 —

ACCESION (La accesión de inmuebles se realiza sin que para ello se cumpla tradición alguna)

Ha sido doctrina constante de la Corte, sobre el fenómeno de la accesión, la de sostener que "el dueño del inmueble pasa a serlo de lo que por accesión se junta a dicho inmueble, sin necesidad de escritura pública registrada, ya provenga la accesión de la naturaleza, de obra del mismo dueño o de obra de un tercero. El dueño incorpora en su patrimonio lo que por accesión se agrega al bien de que ya es dueño, y este resultado se obtiene sin que para ello se realice y se cumpla tradición alguna". (Casación Civil. Octubre 10 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159) 399, 2ª y 400, 1ª

— 20 —

ACCIDENTES AEREOS (Investigación por el Estado de sus causas)

Es elemental que si al Estado concierne la reglamentación, la inspección y la vigilancia del servicio público aéreo, tenga la potestad de averiguar las causas de los accidentes, tarea en la cual ha de poder decir si personal, máquinas, equipos e instalaciones, y el servicio mismo, han funcionado correcta e incorrectamente, registrando en este caso los vacíos o deficiencias observados, teniendo presentes la reglamentación oficial de la navegación y del transporte aéreos y demás actos o resoluciones de la administración que rijan las actividades de la respectiva empresa. (Casación Civil. Septiembre 27 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58) 170, 2ª

— 21 —

ACCION (Su errada denominación no impide que prospere)

La denominación errada que el recurrente hace de la acción diciendo que no es reivindicatoria, no impide que dicha acción prospere, como quiera que lo esencial es que tenga razón en el fondo de sus alegaciones, aunque no le asista en el aspecto formal y accidental de las mismas. (Casación Civil. Septiembre 1º de 1955. T. LXXXI Nos. 2157 2158) 106, 2ª

— 22 —

ACCION EMANADA DE CONTRATO ADMINISTRATIVO (Plazo para su interposición)

El artículo 3º de la Ley 53 de 1909 previene que las acciones civiles emanadas de las decisiones administrativas referentes a con-

tratos, han de interponerse dentro del plazo de seis meses comunes, contados desde que quede ejecutoriada la respectiva decisión; so pena de que, expirado aquel término, sin que los interesados hayan intentado reclamación alguna, se presumirá que han renunciado a toda acción civil y la Nación quedará libre de responsabilidad por perjuicios. Se trata, por consiguiente, de un término perentorio que produce la caducidad legal de la acción. (Negocios Generales. Noviembre 8 de 1956. T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161).

941, 2ª

— 23 —

ACCION DE DESLINDE Y AMOJONAMIENTO (El demandante debe demostrar la posesión material sobre el lote)

La demanda de deslinde y amojonamiento, sin que demuestre el demandante la posesión material del lote que pretende deslindar, no puede, en ningún caso, prosperar. (Negocios Generales. Noviembre 17 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) .. 976, 1ª y 2ª

— 24 —

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS (Es transmisible la acción por incumplimiento del contrato de transporte)

Es transmisible la acción de perjuicios originada del contrato de transporte, por incumplimiento del conductor, aún en caso de fallecimiento instantáneo del pasajero, de acuerdo con las normas generales que gobiernan la transmisión del patrimonio, por causa de muerte, y la particular del artículo 2077 del C. C. (Casación Civil. Septiembre 27 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58) 176, 1ª

— 25 —

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS (El causahabiente puede elegir la originada del contrato de transporte o la propia por los perjuicios recibidos en el accidente; los terceros tienen sólo la última).

El causahabiente puede elegir la acción originada del contrato, por la culpa de la empresa, acción recibida en la herencia de la víctima inicial; o la acción propia autónoma, por el perjuicio directamente recibido a causa del accidente. Los "terceros" no tienen, como es natural, la primera, pero tienen siempre la última, en la medida del daño que personalmente se les haya irrogado. Este derecho de opción beneficia notoriamente al heredero, porque le permite elegir la acción que le sea más útil, con base en las diferencias entre una y otra acción. (Casación Civil. Septiembre 27 de 1955. T. LXXXI Nos. 2157-58) 176, 1ª

— 26 —

ACCION INDEMNIZATORIA POR TRABAJOS PUBLICOS (Competencia)

En sentencia de Sala Plena de 20 de junio de 1955, se sentó inequivocadamente la doctrina de que las acciones indemnizatorias por trabajos públicos, con motivo de la ocupación permanente de la propiedad privada por la administración, son de la competencia de la justicia ordinaria, por disponerlo así la propia Carta, sin que la ley pueda atribuír a las autoridades de lo Contencioso Administrativo el conocimiento de tales acciones. (Negocios Generales. Noviembre 24 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161). ...

985, 2ª

— 27 —

ACCION DE NULIDAD Y RESCISORIA POR LESION ENORME (No son acciones reales sino personales)

Ni la acción de nulidad, ni la rescisoria por lesión enorme, son acciones reales, sino personales, ya que no responden al hecho de ser el actor titular de derecho real sobre la cosa. Otro asunto es que, en razón del regreso de las cosas a su estado anterior, en el caso de la primera, o de los efectos de la rescisión decretada en favor del vendedor, el bien deba restituírse al demandante; mas, no significa ello que se trate de acciones reales sino de consecuencias de la acción personal. (Casación Civil. Agosto 30 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-2158) ... 79, 1ª

— 28 —

ACCION PENAL (Art. 153 del C. de P. P.)

Toda investigación de carácter penal supone necesariamente de la existencia de un delito; es decir, que la persona a quien se imputa el hecho haya infringido la ley penal. Sobre estas afirmaciones —existencia del delito y sujeto responsable— se adelanta la correspondiente investigación. Pero cuando en el curso de ella se demuestra plenamente que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse, previo dictamen favorable del Agente del Ministerio Público el Juez debe dictar sentencia en que así lo declare y ordene cesar todo procedimiento.

La providencia del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, propugna dos finalidades: una de orden público y otra de carácter privado. La primera, atinente a los fines del Estado, para evitar investigaciones inoficiosas y perjudiciales para la recta administración de justicia; y la segunda, relativa al interés de la persona sindicada, para definir su situación ante los funcionarios de la Rama Jurisdiccional en el menor término posible. El peso de una sindicación y los perjuicios que ella entraña no pueden condicionarse a la terminación de un sumario o de un juicio si en el proceso se halla demostrada plenamente cualquiera de las circunstancias requeridas por la disposición que se comenta. Para estos casos —de interés público y privado— la ley ha consagrado una forma especial para finalizar la actuación, y ésta no es otra que la aplicación del artículo 153. (Casación Penal. Noviembre 23 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160-61). 831, 2ª y 832, 1ª

— 29 —

ACCION DE PERTENENCIA

La acción de pertenencia que consagra el artículo 2º de la ley 120 de 1928 es una especie del género de la acción petitoria que existe a favor de todo titular de derecho personal o real, pues comprende únicamente la propiedad adquirida por usucapión. (Casación Civil. Octubre 31 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159) . ... 513, 1ª y 2ª

— 30 —

ACCION DE PERTENENCIA (Contra quien se dirige)

La acción de pertenencia puede hacerse valer contra personas determinadas, según lo preceptúa el artículo 4º de la ley 120 de 1928, o contra "todos los que se crean con algún derecho en el inmueble de que se trate", de acuerdo con el artículo 7º, inc. 1º; o contra personas determinadas y a la vez contra todo interesado, pues aunque la ley no prevé el caso, lo justifican la economía procesal y el interés de una sentencia con

efectos ERGA OMNES. (Casación Civil. Octubre 31 de 1955. T. LXXXI Nº 2159) 513, 2ª

— 31 —

ACCION DE PERTENENCIA (Procedimientos para intentarla)

Cuando se ejerce la acción de pertenencia contra personas determinadas se sigue un juicio ordinario (artículo 4º); cuando se introduce contra todo interesado, el procedimiento especial prescrito en los artículos 7º, 8º y 9º, sin perjuicio de convertirse en ordinario en caso de oposición del Ministerio Público o de un tercero; y cuando se hace valer contra personas determinadas y contra todo interesado, un juicio ordinario, siempre, haya o no oposición ulterior, por dirigirse contra aquéllas (a. 4º), y con la intervención ineludible del Ministerio Público y los emplazamientos ordenados en los artículos 7º y 8º, por dirigirse también contra los terceros en general (a. 7º, inc. 1º). (Casación Civil. Octubre 31 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159) 513, 2ª

— 32 —

ACCION DE PERTENENCIA (Efectos de la sentencia)

Incoada la acción de pertenencia contra personas determinadas, la sentencia produce efectos entre las partes, únicamente, de acuerdo con el estatuto general de la cosa juzgada (artículos 473 y 474, C. J.); propuesta contra todo el que tenga interés, o contra unos y otros, los genera absolutos, ERGA OMNES, en razón del sistema de los emplazamientos y de haber sido derogado el inciso 1º del artículo 12 de la ley 120 (artículo 7º, ley 51 de 1943), que limitaba lo efectos de la cosa juzgada, aún en el caso d acción seguida contra todo el mundo po medio de los emplazamientos, a las parte que hubiesen intervenido en el juicio. (Ca sación Civil. Octubre 31 de 1955. T. LXXX Nº 2159). 513, 2

— 33 —

ACCION DE PERTENENCIA (La acción de la ley 51 de 1943 está instituída respecto de bienes raíces en comunidad)

La acción consagrada en los artículos 1º y 2º de la ley 51 de 1943, es también de pertenencia, por usucapión ordinaria o extraordinaria, y puede tener, además efectos divisorios. Mas, al paso que la acción de la ley 120 está establecida para los muebles e inmuebles, sobre los cuales no haya indivisión y a favor de todo poseedor que reúna las condiciones de la ley para prescribir, la de la ley 51 está instituída en favor de los comuneros exclusivamente y respecto de los bienes raíces que se hallen en comunidad, sea ésta universal o singular. (V. casación de 29 de noviembre de 1954, LXXIX, 155). (Casación Civil. Octubre 31 de 1955. T. LXXXI Nº 2159) .. .. 514, 1ª.

— 34 —

ACCION DE PRESCRIPCION ENTRE COMUNEROS (Contra quién se ejerce)

La acción reconocida por los artículos 1º y 2º de la ley 51, puede ser ejercida contra los demás comuneros, o contra los demás comuneros y todo aquel que se crea con algún derecho en el fundo común. (Casación Civil. Octubre 31 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159). 514, 1ª

— 35 —

ACCION DE PRESCRIPCION ENTRE COMUNEROS (Debe seguirse en juicio ordinario)

Como el artículo 3º de la ley 51 dispone que "la acción de prescripción a que esta ley se refiere, debe deducirse en juicio ordinario, siguiendo el procedimiento establecido en la ley 120 de 1928", las acciones expresadas se habrán de ejercer SIEMPRE en juicio ordinario, con la participación del Ministerio Público y los emplazamientos de los artículos 7º y 8º de dicha ley 120, sea que la acción se dirija contra los demás comuneros únicamente, o contra éstos y todo tercero interesado, y sean aquéllos ciertos y conocidos o inciertos y desconocidos. (Casación Civil. Octubre 31 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159). ... ... 514, 1ª y 2ª

— 36 —

ACCION DE PRESCRIPCION ENTRE COMUNEROS (Efectos de la acción)

La acción contra los comuneros puede tener a la vez efectos divisorios: cuando se refiere a una parte del fundo común, ya que según el artículo 2º, inc. 1º, se presume que el lote de terreno poseído exclusivamente, equivale a la cuota del comunero. Pero no tendrá efectos divisorios cuando se refiere a la totalidad del indiviso. La dirigida contra los condueños y los terceros en general, tendrá efectos divisorios respecto de los primeros, a menos que comprenda la totalidad del inmueble en comunidad. (Casación Civil. Octubre 31 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159) 514, 1ª

— 37 —

ACCION DE PRESCRIPCION ENTRE COMUNEROS (Efectos de la sentencia)

La acción de la ley 51, sea que se dirija contra los comuneros únicamente o contra éstos y todo tercero que pueda tener interés, produce efectos **erga omnes**, ya que son forzosos los emplazamientos y la citación del Ministerio Público y también la inspección ocular que ordena el artículo 4º. (Casación Civil. Octubre 31 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159) 514, 2ª

— 38 —

ACCION REIVINDICATORIA Y PETITORIA

La acción reivindicatoria y la petitoria son distintas y autónomas, aunque tengan algunos puntos de contacto. (Casación Civil.. Agosto 31 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157 - 2158) 89, 2ª

— 39 —

ACUMULACION DE AUTOS (Pruebas)

El fenómeno de la acumulación de autos tiene, precisamente, entre sus consecuencias, la de que las pruebas producidas en uno de los juicios pueden aprovechar a los otros, ya que se trata de fenómenos que persiguen justamente evitar diversos procesos separados a la vez. Así lo tiene admitido la Corte. (Casación Civil. Septiembre 27 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58) ..... 185, 1ª y 2ª

— 40 —

ACTOS LEGISLATIVOS (La Corte no tiene competencia para conocer de las acusaciones que se presenten contra esos Actos)

No conoce la Corte ni tiene competencia

para decidir de las acusaciones que se presentan contra los artículos de la misma Carta, o contra las enmiendas que le introduzca el poder constituyente. La guarda de la integridad de la Constitución no podría entenderse, pues sería absurdo, como un medio consagrado por la Carta para revisar los actos del poder constituyente. Estos actos, una vez expedidos, no están sujetos a revisión de ninguna especie por ninguno de los poderes constituídos; porque ello implicaría admitir el absurdo de que hay derecho contra derecho: la tesis es tan clara, tan evidente, que sería inoficioso detenerse a analizarla. (Sala Plena. Octubre 28 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159) 362, 2ª

— 41 —

APELACION (Facultades del juez ad-quem)

Antes de la vigencia del artículo 5º, inciso 2º del Decreto número 3347 de 1950, la Sala, interpretando las disposiciones de la ley procedimental, llegó a la conclusión de que "los sobreseimientos definitivos deben ser consultados, porque así lo indican los artículos 189, 410, 430 y 153 del C. de P. P." Ha dicho igualmente la Corte que: "En todos los casos en que la consulta es forzosa, se subentiende ella, no obstante que omitan disponerla los falladores de instancia". Con mayor razón es imperativa la consulta de sobreseimiento definitivo cuando hay disposición que así lo determina, como es el caso del artículo 5º, numeral 2º del Decreto citado, que expresa: "En todo caso los autos de sobreseimiento definitivo, serán consultados con el respectivo superior".

El Tribunal —en segunda instancia— sólo tenía facultad para revisar la providencia del Juzgado, pero en ningún caso para adicionarla dictando auto de sobreseimiento definitivo en favor de uno de los procesados, porque esto equivale a sustituír al juzgador de primer grado, error que conduce, por una parte, a pretermitir una instancia, pues no hay entidad de superior jerarquía con pode suficiente para que revise por apelación consulta dicha providencia, y por otra, s usurpa jurisdicción, porque —se repite— e conocimiento de estos negocios —delitos comunes de homicidio— los atribuye la ley a los Juzgados Superiores y no a los Tribunales, quienes conocen de estos procesos en grado de apelación o consulta. (Artículos 45, letra i) y 44, numeral 3º del C. de P. P.). (Casación Penal. Agosto 26 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58) 243, 2ª

— 42 —

APODERADOS (Poder para actuar en quien demanda la nulidad de un acto administrativo)

No es necesario que quien demanda la nulidad de un acto administrativo, esté obligado a exhibir el poder para actuar, conferido por quien haya de beneficiarse con la declaratoria de nulidad del acto acusado. (Casación Civil. Octubre 21 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159) 469, 2ª

— 43 —

ARBITRADORES (Por no declararse impedidos, no cometen faltas en el ejercicio de la abogacía)

El querellante en el juicio breve y sumario acusa al abogado por no haberse declarado impedido para actuar en el Tribunal de arbitramento. La Corte se limita a considerar que aquí no se estaría discutiendo sobre hechos o actos de un abogado, en el ejercicio de su profesión, sino de hechos o actos de un ciudadano que llegó a formar parte de un tribunal de arbitramento, por voluntad expresa de quienes lo constituyeron. (Negocios Generales. Noviembre 10 de 1955 T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161) 960, 1ª

— 44 —

ARRENDAMIENTO (Terminación judicial del contrato por falta de acuerdo entre las partes)

El contrato de arrendamiento termina automáticamente por el vencimiento del término estipulado para su duración, pero si alguno de los contratantes desconoce el hecho, y por añadidura por causas que implican desplazamiento de la cuestión jurídica, una de las partes desconoce el fenómeno de que se trata, y surge la diferencia, discrepancia o controversia, alguien tiene que dirimirla; y ese alguien no puede ser otro que el Juez. No es que el contrato termine por lo que la justicia lo diga, sino que ésta sí tiene facultad para declarar si el contrato está o no terminado, cuando sobre este punto hay discrepancia entre las partes. (Casación Civil. Noviembre 3 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) 612, 2ª

— 45 —

ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS (Asignaciones a herederos y legatarios)

La herencia dá derecho a una o más personas a los bienes del difunto o a una cuota de ellos; el heredero representa a la persona del causante para sucederle en todos sus derechos y obligaciones que puede transmitir y es obligado a las cargas testamentarias. En cambio, el legatario sucede únicamente en los bienes que se le asignan como objeto del legado; no representa al testador y se considera como un mero acreedor de lo que se le ha legado, con el derecho que tiene a pedir que se le satisfaga su acreencia.

Pero como la libertad de testar está limitada por la ley, toda vez que el testador tiene que respetar las asignaciones forzosas a que se refiere el capítulo 5º del libro tercero del Código Civil, asignaciones que el testador es obligado a hacer, y que se suplen por la ley cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias (artículo 1226 del Código Civil), es claro que las asignaciones a título singular no pueden ir más allá de la parte de bienes de que el testador ha podido disponer libremente, o sea la cuarta de libre disposición cuando se trata de asignaciones a quienes no son legitimarios en calidad de descendientes legítimos, pues cuando se trata de asignatarios que tienen tal carácter, el testador puede disponer en favor de uno o de varios de ellos, tanto de la cuarta de libre disposición como de la cuarta de mejoras.

Si el testador sobrepasa tales asignaciones, éstas deben ser reducidas en los términos de la ley; ello es obvio para evitar que el testador, mediante legados, pueda llegar a perjudicar las asignaciones forzosas. (Casación Civil. Agosto 17 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157 - 2158) .. .. 50, 2ª y 51, 1ª

— 46 —

ASIGNACION TESTAMENTARIA (Validez de la asignación hecha a persona que no existe pero se espera que exista antes de los 30 años siguientes a la apertura de la sucesión)

Si la última voluntad de la causante se expresa en el sentido de asignar sus bienes todos a una obra de beneficencia que está en funcionamiento, no es necesario esfuerzo alguno para descubrir que allí se encuentra el nítido propósito de atribuír un patrimonio al logro de finalidades benéficas de interés social. Y esto marca el comienzo de la existencia de una persona jurídica, como base suficiente en derecho para la capacidad legal de recibir con validez plena asignaciones testamentarias de beneficencia. Porque si para ser capaz de suceder es necesario existir a tiempo de abrirse la sucesión, salvo lo

que la ley exceptúe; y si son incapaces de toda herencia o legado las cofradías, gremio o establecimientos cualesquiera que no sean personas jurídicas, es también conforme a derecho que las asignaciones a personas que a tiempo de abrirse la sucesión no existan, pero se espera que existan, no se invaliden por esta causa si existieren dichas personas antes de expirar los treinta años subsiguientes a la apertura de la sucesión; del propio modo que si la asignación tuviere por objeto la fundación de una nueva corporación o establecimiento (máxime si de beneficencia), podrá solicitarse la aprobación legal, y obtenida ésta (para lo que hay hasta treinta años) valdrá la asignación (artículos 1019 y 1020 del Código Civil). (Sala Plena de Casación Civil. Noviembre 30 de 1955 T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161). . . . 655, 1ª

— 47 —

ASIGNACION TESTAMENTARIA (No es nula la cláusula que dota de un patrimonio a un establecimiento que todavía no es persona jurídica)

Si basta, pues, un principio de existencia de las personas para convalidar las asignaciones en favor de quienes no tengan todavía plena capacidad para recibir por sucesión: si en concreto la testadora dispuso que su patrimonio se atribuyera a continuar la obra de beneficencia que, en vida, fue el ideal y el propósito determinado de sus preocupaciones y esfuerzos, el establecimiento, que aparece en el pensar y sentir de la testadora como si esa institución ya hubiese penetrado a la realidad de la existencia con el carácter de persona jurídica; y si en el mantenimiento y vigor de tales obras hay intereses de la sociedad, celosamente defendidos por la ley, carece de base plausible cualquiera alegación tendiente a que se anule la cláusula testamentaria que dota de un patrimonio al dicho establecimiento. Debe encontrarse allí, por el contrario, la voluntad clara y manifiesta de que un establecimiento de beneficencia, operante en los hechos obtenga su consagración como persona jurídica, sin mengua de las bases generales expresadas por la testadora, para que en la práctica pueda gozar de los bienes asignados a una destinación concreta de interés general, como fluye espontáneamente del querer de la causante. (Sala Plena de Casación Civil. Noviembre 30 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161). . . . . 655, 1ª y 2ª

— 48 —

AUTO QUE CIERRA LA INVESTIGACION (Sus finalidades)

El auto que cierra la investigación es de suyo importante, pues tiende a que el sumario se instruya dentro de los términos legales y a que se califique oportunamente, para evitar ampliaciones indefinidas e inútiles que perjudican los intereses sociales y el derecho del procesado a que se le resuelva sin tardanza su situación jurídica. Por eso dicho auto, una vez ejecutoriado, obliga al Juez del conocimiento a decidir sobre el fondo de las diligencias investigativas. (Casación Penal. Noviembre 9 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61) 808, 1ª

— 49 —

AUTO DE DETENCION (Art. VIII del Tratado Bolivariano de 1911 sobre extradición)

Según el artículo 383 del Código de Procedimiento Penal Colombiano, "A nadie se podrá detener provisionalmente sino en virtud de un auto del funcionario instructor en que se exprese: 1º El hecho que se investiga en el proceso; 2º Los elementos probatorios allegados sobre la existencia de ese hecho; 3º Su calificación legal y la pena que la ley establece para él; 4º Los elementos

robatorios allegados al proceso en contra e la persona cuya detención se ordena".

Muy semejantes son acaso en la legislación Penal del Perú las condiciones requeridas al efecto, en guarda de los principios tutelares del habeas corpus. Lo cierto es que el Plenipotenciario de aquella Nación al suscribir en Caracas con los demás países Bolivarianos el Tratado de 1911, admitió que el auto de detención es el dictado con los requisitos a que se refiere el artículo VIII del Acuerdo, antes transcrito, a saber:

A) Intervención del Tribunal competente; B) Designación exacta del delito; C) Fecha de su perpetración; y D) Declaraciones o pruebas en cuya virtud se decretó la detención respectiva. (Casación Penal. Agosto 4 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58) 224, 2ª y 225, 1ª

— B —

— 50 —

BALDIOS (Adjudicación de las pertenecientes a Resguardos de indígenas)

La Sala considera que es cierto, como lo dice el recurrente, que el artículo 3º de la ley 60 de 1916 prohibe adjudicar terrenos ocupados por indígenas, y que de conformidad con la resolución ministerial que declaró inexistente el Resguardo de Consacá, "no podrán adjudicarse los terrenos de la parcialidad a personas extrañas a la misma", pero que como lo observa el Tribunal, la citada disposición legal "en el fondo, no hace sino ratificar el principio general de la adjudicación de los baldíos a los ocupantes a título de colonos si los indios ocupan baldíos. es obvio que la adjudicación debe hacerse a ellos y no a terceros". (Casación Civil. Septiembre 30 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58) 217, 1ª

— 51 —

BALDIOS (Adjudicación de los que pertenecían a Resguardos indígenas)

El artículo 3º de la ley 60 de 1916 no prohibe adjudicar a extraños, terrenos baldíos que hacían parte de Resguardos de indígenas declarados inexistentes por la Administración, de acuerdo con el artículo 14 del Decreto-ley número 1421 de 1940, siempre que esos extraños ocupen las tierras con cultivos o ganados (v. casación 30 septiembre 1955, LXXXI, 217). (Casación Civil. Diciembre 14 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160 2161) ... ... 752, 1ª y 2ª

— 52 —

BALDIOS (Modo de adquirirlos)

Es la ocupación el modo de adquirir las tierras baldías, según doctrina jurisprudencial anterior a 1936, refrendada ampliamente por el artículo 1º de la ley 200 de dicho año. Por tanto, de conformidad con el citado artículo 3º, ley 60 de 1916, no basta haber pertenecido a una parcialidad de indígenas, para tener derecho a la adjudicación de una parcela; es menester que sea poseída u ocupada con establecimiento ganadero o agrícola. (Casación Civil. Diciembre 14 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61) .. . 752, 1ª

— C —

— 53 —

CADUCIDAD DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (Art. 254 del C. C. A.)

Los motivos de caducidad enumerados por el artículo 254 del código de lo contencioso administrativo, son muy concretos y explícitos. Desde luego la administración puede estipular otros, pero debe ajustarse en lo po-

sible al mismo sistema de señalar hechos concretos. En el contrato (origen del pleito) se observó esta regla cuando se previó como causal la de que "el avance de los trabajos no fuera satisfactorio según informe del interventor"; pero al mismo tiempo se empleó otra fórmula demasiado amplia y algo vaga diciendo: "por cualquier otro motivo que pueda considerarse como incumplimiento por parte de los contratistas", sin especificarlo. Tal forma deja al juez del contrato un gran poder de apreciación, sin que pueda tomarse aquello al pie de la letra, pues implicaría la caducidad por el menor incumplimiento lo que sería manifiestamente irrazonable. (Negocios Generales. Noviembre 8 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161) 945, 2ª

— 54 —

CADUCIDAD DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (Equivale a la condición resolutoria tácita de los contratos civiles.-Efectos)

La Corte en sentencia del 9 de diciembre de 1936, sentó el principio de que "la caducidad es la declaratoria que una de las partes hace, en virtud de estipulación, de que el contrato se termina. Administrativamente, es una facultad indelegable del Gobierno, que la hace valer como parte contratante y como entidad de derecho público. Esa declaración cancela el contrato, creando un verdadero estado de derecho. Si la caducidad se mira desde el punto de vista del derecho privado es algo así como una causa de resolución estipulada expresamente en el contrato; y si desde el punto de vista del derecho administrativo, ella surte los mismos efectos que la declaratoria judicial de resolución del contrato, pues lo termina. Esto es así, porque en su fisonomía jurídica, la caducidad en los contratos administrativos es equivalente a la condición resolutoria expresa de los civiles comunes: en aquéllos, la caducidad surge de la realización del hecho previsto en el contrato, y en éstos, del cumplimiento de la condición. En ambos, sin embargo, conduce al mismo resultado, que es el de romper el vínculo contractual entre las partes, aunque se diferencian en cuanto a la manera como debe declararse la realización del evento que da lugar a la caducidad o que constituye la condición resolutoria. Jurídicamente, la caducidad que declara la administración deja terminados los derechos del contratista, tanto los personales como los reales, porque ipso facto quedan sin valor los derechos o privilegios que consagre el contrato o la concesión". (Negocios Generales. Noviembre 8 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161) 946, 1ª

— 55 —

CADUCIDAD DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (Es la máxima sanción por el incumplimiento del concesionario)

El profesor G. Jeze se expresa así: "La caducidad de las concesiones. - La sanción más enérgica de las obligaciones del concesionario, es la CADUCIDAD, que equivale a la rescisión del contrato de concesión por cuenta y riesgo del concesionario, en razón de la falta cometida por éste último... "Conviene, por lo demás reservar este término para el caso en que, POR UNA FALTA MUY GRAVE, el concesionario ha incurrido en la rescisión del contrato por su culpa... "La caducidad es la ruptura definitiva del contrato. Es una sanción muy grave para el concesionario, y tiene también consecuencias temibles para el concedente. Para el concesionario, la caducidad importa ruina evidente, en razón de las consecuencias pecuniarias que entraña para él. Para el concedente la caducidad es muy molesta pues conduce a una desorganización momentánea del servicio público; obliga al concedente a tomar la dirección mientras busca un nuevo concesionario. Por esto la admi-

nistración deberá examinar detenidamente la cuestión antes de recurrir a esa medida. La caducidad es la sanción máxima que sólo debe pronunciarse cuando el concesionario, por su falta, es verdaderamente incapaz de hacer funcionar regularmente el servicio público. En otros términos; el contrato de concesión debe interpretarse en el sentido de su mantenimiento, y no en el sentido de una rescisión fácil, aun en caso de falta del concesionario".

"El pliego de condiciones estipula también ordinariamente que el concesionario incurrirá en la caducidad, "si no cumple las diversas obligaciones que le impone el presente pliego de condiciones". Esta fórmula muy vaga, deja al juez del contrato amplios poderes de apreciación: si se toma al pie de la letra entrañaría la caducidad por el menor incumplimiento, lo que resulta manifiestamente irrazonable".

No obstante referirse de manera muy especial la doctrina de Jeze a los contratos sobre concesión de servicio público, entre nosotros tiene aplicación general por virtud de lo dispuesto en el artículo 254 del Código de lo Contencioso Administrativo. (Negocios Generales. Noviembre 8 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161). . . 946, 1ª y 2ª

— 56 —

CADUCIDAD DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (Diferencia con las multas estipuladas en el contrato)

La Sala no halla objeción al sistema usado de estipular en un contrato conjuntamente multas y motivos de caducidad; esta es práctica corriente en el derecho administrativo colombiano y en el francés. Pero sí existe una diferencia en sus efectos represivos o penales: al paso que las multas sirven para constreñir al concesionario o contratista el cumplimiento de sus obligaciones, o para sancionar faltas leves en su ejecución, la caducidad se reserva para cuando se demuestre, o una infracción claramente estipulada (como la del avance no satisfactorio de los trabajos a juicio del interventor), o un incumplimiento que consista en notorio abandono o en renuencia manifiesta del contratista, respecto de sus obligaciones fundamentales. (Negocios Generales. Noviembre 8 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161) .. 953,1ª

— 57 —

CALIFICACION DEL SUMARIO (Condiciones para que pueda efectuarse)

Al tenor de los artículos 421, 424 y 428 del Código de Procedimiento Penal, la calificación del sumario por parte del Juez competente está condicionada al cumplimiento de dos requisitos legales previos: a) Que la investigación esté cerrada por medio de un auto en firme; y b) Que se haya oído al respectivo Agente del Ministerio Público en los procesos de que conocen los Juzgados y Tribunales Superiores y la Corte Suprema de Justicia. De suerte que si se pronuncia auto de proceder o de sobreseimiento —que son los que califican el sumario— sin haberse llenado aquellas formalidades necesarias, se violan las leyes procesales, de ineludible observancia, por ser de orden público, y el acto jurisdiccional no puede tener efectos jurídicos. (Casación Penal. Noviembre 9 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61) . . 807, 2ª

— 58 —

CAMBIO DE RADICACION EN LOS PROCESOS PENALES (Debe subordinarse a la conveniencia de la recta administración de justicia)

La medida del cambio de radicación de los procesos penales, autorizada por el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, ha de

subordinarse a las conveniencias de la recta administración de justicia, sin que sea siempre indispensable una completa demostración objetiva de aquéllas. (Casación Penal. Septiembre 20 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58) 280, 2ª

— 59 —

CAMBIO DE RADICACION DE LOS PROCESOS PENALES

El cambio de radicación de los procesos penales ha de estar subordinado a las conveniencias de la recta administración de justicia, deducidas de los elementos de prueba que se alleguen a la solicitud respectiva; y aunque no es preciso que la prueba sea plena o completa, como lo ha sostenido la Sala, sí es necesario que surja de su conjunto una impresión indicadora de la necesidad de esa medida.

En el caso, los testigos no deponen sobre hechos concretos, claros o precisos, que permitan inferir que el interesado carece de las garantías indispensables para su honesto juzgamiento, porque el ambiente dentro del cual se mueve el proceso contraríe su normal desarrollo, porque los encargados de administrar justicia se hayan mostrado inferiores a su alta misión o porque cualesquiera otros factores hagan imposible o siquiera dudoda la debida aplicación de la ley. (Casación Penal. Diciembre 14 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61) ... ... 905, 1ª y 2ª

— 60 —

CASACION CIVIL

No puede ser suficiente como fundamento de un cargo en casación el que se invoque la violación de disposiciones sobre régimen probatorio sin que se precisen los mandatos creadores del derecho cuyo ejercicio se reclama. (Casación Civil. Octubre 26 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159) 485, 1ª

— 61 —

CASACION (Técnica de)

No es propio hablar de error de derecho en la interpretación de la demanda; lo jurídico es la alegación de error de hecho que conduzca a la violación de la ley sustantiva en forma indirecta. (Casación Civil. Agosto 26 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-2158) 64, 2ª

— 62 —

CASACION (Técnica de)

En los cargos se habla impropiamente de una supuesta VIOLACION DIRECTA de la ley sustantiva, cuando en realidad la acusación se hace consistir en una errónea apreciación de la prueba, según los razonamientos del recurrente, lo que generaría un quebrantamiento indirecto de la ley a consecuencia del error de hecho o de derecho en la apreciación de los elementos probatorios, y daría lugar a invocar la causal de casación específicamente reconocida en el inc. 2º del ord. 1º del art. 520 del C. J. Pero esta indebida calificación de los cargos no sería óbice para la viabilidad de la acusación, si la Sala encontrara ésta realmente fundada. (Casación Civil. Agosto 31 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-2158) 83, 2ª

— 63 —

CASACION (Técnica de)

Innumerables son las doctrinas de la Corte en que se sostiene la tesis de que la casación no es una tercera instancia en que se analicen nuevamente las pruebas; que los tribunales son soberanos en la apreciación

de las mismas; y que, por lo tanto, la acusación por error de hecho tiene que contraerse a concretos y determinados elementos probatorios, todo lo cual conduzca a la convicción del error evidente o manifiesto del fallador, y no fundarse en una crítica general de todos los elementos que condujeron a definir en determinado sentido la controversia entre las partes. (Casación Civil. Septiembre 5 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-2158) 122, 1ª

— 64 —

CASACION (Técnica de)

El recurso de casación no es una tercera instancia, pues el recurso se concreta a examinar la acusación que se hace por el recurrente a la sentencia de segundo grado. Es un litigio entre la sentencia y la ley siempre que de ese litigio resulte que el Tribunal ha violado el estatuto legal de carácter sustantivo, la Corte debe restablecer el imperio de la ley violada y como consecuencia casar la sentencia. Cuando esto ocurre, la misma ley ordena que la Corte se convierta en Tribunal de instancia y debe dictar el fallo que haya de reemplazar al que fue infirmado en virtud de haber prosperado la acusación contra la sentencia. (Casación Civil. Septiembre 30 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58) 204, 2ª

— 65 —

CASACION (Técnica de)

"Copiosa y abundante jurisprudencia de la Corte ha prevenido a los litigantes la necesidad de formular los cargos en casación de manera concreta, precisando los textos legales infringidos y la razón y aspecto porque lo hayan sido. Esto en virtud de que el recurso de casación tiene de suyo un carácter formalista, por cuanto su objeto es confrontar la sentencia acusada con la ley que se dice violada. Si el recurrente no propone de manera muy definida los elementos de confrontación, la Corte no tiene cómo hacer ésta. Por otra parte, la necesidad de que al fundar el recurso de casación se formulen de manera correcta los cargos contra la sentencia acusada, señalando con precisión los textos legales que se estimen infringidos por ella, no es mera exigencia jurisprudencial o científica, sino perentorio deber del recurrente, estatuído por el art. 531 del C. J.". (Casación: marzo 15 de 1946. LX, 145). (Casación Civil. Octubre 19 de 1955. T. LXXXI Nº 2159) 446, 2ª

— 66 —

CASACION (Violación directa de la ley)

El sentenciador puede violar la ley en forma directa: a) por interpretación errónea; b) por aplicación indebida; y c) por falta de aplicación. (Ver Gaceta Judicial, Tomo LXXIX, página 551). (Casación Civil. Septiembre 30 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58) 205, 1ª

— 67 —

CASACION (Por errónea apreciación de pruebas)

En casación no cabe revisar el juicio del sentenciador en la estimación de las probanzas sobre los hechos controvertidos por las partes. No es la casación una tercera instancia. Sólo por un evidente y ostensible error de hecho o por un error de derecho, en la apreciación de determinada prueba, que conduzca al quebrantamiento de la ley sustantiva, puede impugnarse el fallo de segunda instancia, por vía de casación. Pero esto no implica ni podría implicar sin la desnaturaliación de la fisonomía del recurso, un recorte a las atribuciones naturales del juzgador de instancia para formar su convicción

sobre la QUAESTIO FACTI mediante la ponderación y confrontación de los materiales que integran el haz probatorio, conformándose a las normas de la tarifa legal y a los principios de la sana crítica.

Es cierto que en las cuestiones de filiación natural, por fuerza de la propia ley y de la doctrina jurisprudencial, se exige del juzgador un especial rigor en el examen y valoración de la prueba, y una actitud vigilante en su producción, ejercitando los poderes que le otorga la misma ley, a fin de que no se altere la verdad y no prosperen atentados contra la tranquilidad de las familias y se menoscaben los patrimonios herenciales por maniobras fraudulentas urdidas al amparo del estatuto sobre filiación extramatrimonial. Corresponde primordialmente a los jueces y tribunales cumplir estas normas para la cabal aplicación de la ley y efectiva administración de la justicia.

En algunos casos la Corte puede aún discrepar del juicio laxo del Tribunal en la estimación de las probanzas que como juzgador de instancia no le habrían servido para formar su plena e incontrastable convicción. Pero la Corte no puede reemplazar la discreción que le compete al sentenciador de instancia sobre la cuestión de hecho, por su propia discreción, sin exceder los límites que la ley le ha señalado como tribunal de casación. (Casación Civil. Agosto 27 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157 y 2158) . . 74, 1ª y 2ª

— 68 —

CASACION (Por errónea apreciación de pruebas)

Ha sido doctrina constante de la Corte la de que la apreciación de las pruebas hecha por el Tribunal debe ser respetada en casación, aun cuando ella no sea compartida por la Corte. Y debe ser respetada, porque el recurso de casación no tiene por objeto hacer un nuevo análisis de los elementos probatorios, ni rectificar el criterio del juzgador de instancia sobre las cuestiones de hecho. Por eso, para que haya error de derecho en la apreciación de una prueba, se necesita que, al estimarla, se haya contravenido a la ley que la establece y valora. Y, por tanto, este concepto de error de derecho no comprende todo error en que haya podido incurrir el tribunal sentenciador en la estimación de los elementos lógicos que determinaron su convicción, sino que es necesario que el error implique la violación de un precepto legal sustantivo. El artículo 697 del C. J., implícitamente exige que el testigo deponga sobre hechos concretos. Pero cuál deba ser el grado de concreción o determinación de esos hechos, es cosa que la ley no precisa y que deja por tanto, a la discreta estimación del tribunal sentenciador. Y la Corte no puede sustituír esa discreción por la suya propia, sin exceder los límites que la ley le ha señalado cuando, en tratándose de casación por mala apreciación de la prueba, no ha querido que pase por encima de la que ha hecho el tribunal, sino por motivos determinados, uno de los cuales es el error de derecho, que sólo existe, en este caso, cuando los testimonios no aparecen acordes en cuanto a las circunstancias concretas de los hechos sobre que deponen, o cuando no expresan esas circunstancias. (Casación, marzo 23 de 1954, LXXVII, 118 y 119). (Casación Civil. Octubre 7 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159) 392, 1ª y 2ª

— 69 —

CASACION (Por errónea apreciación de pruebas)

Las pruebas son siempre imperfectas, sobre todo las que provienen del testimonio humano, y aún la certeza en materia criminal no es otra cosa que un cálculo de probabilidades, han dicho algunos expositores. Pero para que una sentencia, en cuyo favor

actúa la presunción de legalidad, pueda ser invalidada por motivos semejantes a los alegados en el presente recurso, tiene que ser manifiesta, es decir visible y muy notoria la equivocación respecto de los elementos de juicio que informaron el criterio del juzgador. (Casación Penal. Noviembre 25 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61) 847, 1ª

— 70 —

CASACION (En este recurso no se pueden presentar pruebas)

No es de recibo en casación presentar pruebas, como lo hizo el recurrente, allegando copias de escrituras públicas en el acto de la audiencia. (Casación Civil. Agosto 26 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-2158) 67, 2ª

— 71 —

CASACION (Artículo 606 del C. J.)

El artículo 606 del Código Judicial es disposición de régimen probatorio cuya infracción por sí sola no da base a la casación. (Casación Civil. Septiembre 30 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58) 216, 2ª

— 72 —

CASACION (El artículo 775 del C. C. no da motivo a casación por la causal 1ª)

El artículo 775 del Código Civil simplemente contiene una definición, esto es, tiene un carácter meramente descriptivo y, por consiguiente, no dá motivo a casación en la causal primera. (Casación Civil. Septiembre 30 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58) 216, 2ª

— 73 —

CASACION (Orden lógico en el estudio de las causales de casación. - Causales 1ª y 7ª)

Acusada en casación una sentencia por los motivos 1º y 7º del artículo 520 del C. J., la Corte estudia primeramente el cargo formulado por la causal séptima, porque aunque ésta se haya invocado subsidiariamente para el evento de que no se infirmara el fallo por la causal primera, el precepto contenido en el artículo 537 del mismo Código impone a la corporación el deber de examinar "en orden lógico las causales aducidas". Como lo dijo la Corte en caso semejante, "esa pretensión del recurrente expresada en el sentido de señalar a la Corte la regla y el sistema que ha de adoptar en el examen del recurso, pugna con el texto del artículo 537 del C. J., disposición que le impone seguir el orden lógico y cuyo imperio no está sometido a lo que en contrario, y en conformidad con su personal criterio, opine el recurrente. Como el recurso de casación está instituído en obsequio del mantenimiento de la ley sobre las decisiones jurisdiccionales, y como el posible agravio que por su intermedio procuren reparar las partes es solo fin secundario de la institución que se alcanza indirectamente por ministerio del primordial y predominante, el principio dispositivo del procedimiento se atempera necesariamente a la índole del recurso; por ello es la ley la única norma que guía al tribunal de casación en el método del fallo, y no la voluntad que al respecto expresan las partes contendientes". (Casación: mayo 31 de 1948, LXIV, 410).

Por manera que aún en el supuesto de que el Tribunal, violando elementales normas de procedimiento, hubiera declarado la incompetencia jurisdiccional para conocer del negocio y al mismo tiempo hubiera decidido éste en el fondo, el orden lógico impondría a la Sala examinar primeramente

el ERROR IN PROCEDENDO imputado a la sentencia con base en la causal séptima, porque ésta se refiere a un vicio de actividad por exceso o defecto de poder en el sentenciador al abstenerse de fallar en el fondo el negocio y declarar expresamente su inhibitoria por carencia de uno de los presupuestos procesales. (Casación Civil. Octubre 4 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159) . 377, 1ª y 2ª

— 74 —

CASACION (El quebrantamiento del artículo 1º del Decreto Legislativo 0243 de 1951 no puede examinarse en casación)

No puede alegarse en casación el quebran tamiento del artículo 1º del Decreto Legislativo 0243 de 1951, que señala los casos en que puede concederse término probatorio en la apelación de sentencias en juicios ordinarios, pues se trata de una norma simplemente procedimental o adjetiva cuya aplicación por el tribunal no puede revisarse al través de un ERROR IN JUDICANDO que sólo existe respecto de leyes sustantivas. La disposición citada no hace referencia a la valoración de las pruebas conforme a la tarifa. de suerte que su quebranto no puede examinarse en casación ni siquiera como medio al través del cual se consumara un error de derecho en la apreciación probatoria que condujera indirectamente a la infracción de otra norma de carácter sustantivo. (Casación Civil. Octubre 7 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159) 392, 2ª

— 75 —

CASACION (Causalidad de los errores errores IN IUDICANDO)

Cuando se acusa una sentencia por error IN IUDICANDO, la Corte dentro del ámbito señalado en la demanda de casación, debe limitarse a examinar: si entre el error denunciado y la correspondiente decisión existe la necesaria relación de causalidad, y si está comprobada la infracción de la ley. La invalidación del fallo sólo puede pronunciarse cuando al no haber existido el error denunciado y demostrado, la decisión del sentenciador de instancia habría sido diferente. Es preciso, pues, que el quebrantamiento de la ley, esté en relación de causalidad con la decisión contenida en la sentencia acusada, de tal suerte que el reconocimiento de la violación tenga un valor práctico. Así, en los casos de derechos subordinados a dos o más requisitos, si la sentencia ha negado la existencia de todos los requisitos, y la violación denunciada en casación se refiere solamente a uno de ellos, no puede invalidarse la decisión, porque ésta de todas maneras se fundaría en la inexistencia de los otros requisitos. Tal ocurre, por ejemplo, cuando en la acción reivindicatoria, la sentencia ha negado a la vez el dominio en el actor y la posesión en el reo; o cuando en la acción indemnizatoria por culpa aquiliana, se ha desconocido simultáneamente la existencia de la culpa y del daño, o cuando en la acción pauliana respecto de contratos onerosos no aparece ni el CONSILIUM FRAUDIS ni el EVENTUS DAMNI. El error invocado por el recurrente que se refiera a una sola de las condiciones, no aparece como CAUSA UNICA de la sentencia impugnada, porque aún aceptado como exacto el motivo alegado, la sentencia siempre se sustentaría en otros fundamentos no impugnados. De acuerdo con la anterior doctrina, esta Sala ha sostenido en jurisprudencia constante y reiterada que cuando el recurrente acusa la sentencia por errores IN IUDICANDO con base en la causal primera, la Corte no tiene necesidad de entrar al estudio de los motivos alegados para sustentar la violación, si la sentencia tiene como soporte una apreciación que, aun cuando apareciera errónea, no ha sido atacada en casación y que por sí sola era suficiente para sustentar la decisión

contenida en el fallo acusado. (Casación Civil. Octubre 13 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159) ... . 427, 1ª y 2ª

— 76 —

CASACION (Violación del artículo 593 del C. J.)

La disposición del artículo 593 del Código Judicial no es norma sustantiva que consagre derechos a favor de los particulares. No puede violarse directamente y dado caso que un juzgador la desechare o contrariare, sería indispensable, para infirmar un fallo, que la falta de aplicación de ella tuviera como consecuencia el quebrantamiento de disposiciones civiles que consagran derechos sustantivos.. (Casación Civil. Octubre 21 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159) 473, 2ª

— 77 —

CASACION (Por violación del artículo 1757 del C. C.)

La norma del artículo 1757 del Código Civil por no consagrar ni tutelar por sí sola ningún derecho subjetivo, su infracción o desconocimiento no puede dar base de prosperidad a la casación si no incide en el quebrantamiento de un precepto de naturaleza sustantiva. (Casación Civil. Octubre 21 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159) 473, 2ª

— 78 —

CASACION (Errores de hecho y de derecho)

En múltiple e invariable jurisprudencia de la Corte se ha venido consagrando que cuando el cargo se formula por errores de hecho o de derecho en virtud de apreciación errónea o falta de apreciación de una o de varias pruebas señaladas concretamente, es necesario para que el ataque pueda prosperar que se señale, precisamente, la disposición sustantiva quebrantada por consecuencia del error alegado y probado. (Casación Civil. Octubre 26 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159) 484, 2ª

— 79 —

CASACION (El art. 472 del C. J. es un precepto adjetivo o procesal)

El artículo 472 del Código Judicial es un precepto típicamente adjetivo o procesal, que se limita a hacer una indicación a los jueces y que no consagra derecho sustantivo alguno para las partes. (Casación Civil. Noviembre 3 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161) .... 612, 2ª y 613, 1ª

— 80 —

CASACION (Desistimiento del recurso)

Ante la Corte, como tribunal de casación, se puede desistir del recurso correspondiente pero no del juicio principal. (Casación Civil. Noviembre 7 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161) 615

— 81 —

CASACION (Estimación de la prueba sobre la aptitud mental del testador)

Al ser estimada en instancia una prueba sobre la aptitud mental del testador, bien pudieron producirse dudas y vacilaciones en el juez; mas, en la alternativa de hallarla o no suficiente para acreditar la falta de esa aptitud, se decidió por lo último, sin que por ello hubiese desatendido la evidencia del hecho contrario. Es cierto que algunos elementos de esa prueba pueden enderezarse a establecer la ineptitud mental de la testadora, pero de allí, a probar plenamente ese estado —como es de rigor— hay un abismo

que no puede salvarse en casación sino con el auxilio de los errores de hecho o de derecho en que hubiese incurrido el sentenciador. (Sala Plena de Casación Civil. Noviembre 30 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161) 654, 1ª

— 82 —

CASACION PENAL (Incidente de desembargo de bienes)

Se reitera lo dicho en auto de 18 de abril de 1952 en que se admitió el conocimiento en casación del incidente de desembargo de bienes al formularse solicitud semejante a la actual. (Casación Penal. Septiembre 2 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58) . . 256, 2ª

— 83 —

CASACION (En los juicios con intervención del Jurado)

En los juicios en que interviene el Jurado no es procedente alegar como causal de casación, la de no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, porque en estos procesos el Juez de derecho no califica la responsabilidad; y si se invalidara el fallo por esa razón se prescindiría del veredicto, base inmodificable de la sentencia, si fue admitido, y, por otra parte, el juzgador se abrogaría una atribución que la ley no le ha conferido, convirtiéndose así en Juez de hecho y de derecho. (Casación Penal. Septiembre 10 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58) .. 266, 1ª

— 84 —

CASACION (Admisibilidad del recurso)

Cierto que la Corte es la entidad que en definitiva, decide sobre la admisibilidad del recurso y precisamente para ello se abre el debate previo que señala el artículo 563 del Código de Procedimiento. Pero también es innegable que la misma ley le otorga al Tribunal la facultad de conceder o no dicho recurso. Y tan evidente es esto que si lo niega, la parte respectiva puede recurrir de hecho ante la Corte para que lo admita, si es el caso. (Casación Penal. Septiembre 29 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58) 312, 2º

— 85 —

CASACION (Inadmisibilidad de un recurso)

En el proceso se dejó claramente establecido que el acusado N. N. causó las lesiones personales en exceso de legítima defensa. Y como el delito imputado se encajó en el inciso 2º del artículo 373, cuya pena máxima es de seis años de prisión, de esa cantidad hay que restar la mitad, por concepto de la ameritada circunstancia modificadora (exceso). Y entonces, en el caso sub judice, la sanción más grave que le corresponde a las lesiones es la de tres años, que no alcanza, por lo mismo, al límite de cinco que exige el artículo 557 del C. de P. P. para admitir el recurso de casación. (Casación Penal. Septiembre 29 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58 312, 2ª

— 86 —

CASACION (En relación con el veredicto del Jurado)

En relación con el veredicto del Jurado, sólo dos causales de casación pueden alegarse: el desacuerdo de la sentencia con esa pieza del proceso (causal 3ª) y el haberse dictado el fallo sobre una respuesta evidentemente contradictoria (causal 7ª). Dictaminar si los hechos se han interpretado o apreciado erradamente, en cualquiera de las cuatro hipótesis contempladas en el ordinal 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Pe-

nal (causal 2ª), es materia reservada a los procesos en que intervienen exclusivamente los jueces de derecho, porque implica el examen jurídico de las pruebas y el conocimiento tanto de los elementos que constituyen el delito y determinan, modifican o excluyen la responsabilidad de los autores o partícipes, como de las circunstancias que influyen en la determinación de la sanción, cuestiones que en los juicios tramitados con la intervención del Juri se sustraen a la crítica del Juez sentenciador, obligado a respetar la estimación de aquél, con la sola salvedad de ser ella claramente contraria a la realidad procesal. (Casación Penal. Diciembre 12 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61) . . 891, 2ª

— 87 —

CASACION (Demanda de)

La casación es un recurso que solo prospera cuando el escrito que le sirve de vehículo cumple en cuanto a la forma los requisitos de una demanda, y en cuanto a su fondo o sustancia ofrece las razones propias y concernientes al motivo que se invoca como causal de invalidación de un fallo, en cuyo favor obra una presunción de legalidad. (Casación Penal. Noviembre 4 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160-61) 800, 2ª

— 88 —

CASACION (Demanda de)

El estudio de una demanda de casación sólo impone considerar lo que en ella es fundamental, lo que se dirige a justificar los cargos, que deben formularse en forma concreta, presentando las razones que los sustentan y citando las disposiciones que se reputan violadas, lo que es deber del demandante. (Casación Penal. Noviembre 25 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61) 845, 1ª

— 89 —

CASACION (Demanda de)

Para que en casación prospere la demanda es indispensable que la persona que ejercita ese derecho se ciña estrictamente a los términos señalados por la ley, no sólo en su aspecto de forma sino en su contenido intrínseco o de fondo. Es la unidad de estos dos factores lo que estructura jurídicamente una demanda para que la Corte con fundamento en ella pueda hacer el estudio de los problemas que en ésta se plantean. Si la demanda es una crítica de la sentencia frente a la ley porque fue violada, mal interpretada o indebidamente aplicada —como se asegura que ocurre en este caso— deber de quien acusa la sentencia es el de relievar esos errores para que sean corregidos.

Pero a este final no se llega por la simple presentación de un memorial o alegato, ni por la referencia que en él se haga de haber expuesto el problema en otra oportunidad y dentro del mismo proceso, ni por la cita escueta de las disposiciones que se dicen violadas o mal aplicadas, sino mediante la demostración y análisis de cada una de las causales invocadas. De no ser así, el recurso de casación se convertiría en una tercera instancia y la técnica que debe presidirlos sería inoperante. Por eso, hay que repetirlo, la Corte, como Tribunal de Casación, sólo estudia las demandas que vengan ajustadas a la ley. (Casación Penal. Diciembre 15 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61) 909, 1ª y 2ª

— 90 —

CASACION (Técnica de)

No se expresa en la demanda que para sustentar el recurso se ha presentado, qué causales son las que se invocan. Sin embargo, esta deficiencia, que es apenas formal, no

constituye razón suficiente para que la Sala prescinda de hacer el estudio de las impugnaciones que contiene el escrito, por cuanto que en él, a pesar de no estar indicadas enumerativamente, sí se han determinado los textos de las causales que plantean la inconformidad del recurrente con la decisión judicial que él acusa. (Casación Penal. Septiembre 10 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58) 265, 1ª

— 91 —

CASACION (Técnica de)

La demanda debe contener una solicitud —elemento volitivo de la acción— y una motivación, factor lógico de impugnación de la sentencia. Los motivos que son específicos —causales de casación— determinan el límite o ámbito dentro del cual se mueve la potestad jurisdiccional de la Corte en orden al control técnico jurídico de la sentencia y a las finalidades del recurso. La demanda debe contener una sistematización legal de crítica a la sentencia, invocación de la causal y motivos que la sustentan. La motivación de cada causal debe ser precisa y concreta para destruír los fundamentos jurídicos del fallo acusado.

Impugnada la sentencia por determinado motivo —causal de casación—, las razones en que se apoya tienen que guardar íntima relación con lo pedido. Sería ilógico —por decir lo menos— alegar una causal y fundarla en motivos pertinentes a otra. Cada error de interpretación consignado en la sentencia —expresa Calamandrei— constituye un motivo específico de impugnación. Cuando se alega un determinado vicio de la sentencia se hace valer un derecho nacido de esa condición particular y la Corte —en casación— no puede invalidar la sentencia por causal diversa a la que se invoca o por motivos distintos a los que debieron respaldarla, porque implicaría una extralimitación de su potestad jurisdiccional dentro del recurso de casación.

Lo importante en la técnica del recurso de casación es saber formular la demanda para obtener un resultado, o sea, el fin perseguido, anulación del fallo acusado. No es lo mismo alegar en las instancias del juicio que confeccionar una demanda de casación. Lo primero, no está condicionado a reglas de técnica; lo segundo, implica conocimiento completo de las disposiciones legales que regulan el recurso que se decide ante la Corte. (Casación Penal. Octubre 22 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159) 545, 2ª

— 92 —

CASACION (Técnica de)

Es sabido que todas las causales llevan como consecuencia la violación de la ley. Esto quiere decir que lo primero que corresponde hacer es demostrar el cargo y en seguida señalar las disposiciones violadas. Proceder a la inversa es faltar al método y a la técnica del recurso extraordinario. (Casación Penal. Noviembre 4 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61) 799, 2ª

— 93 —

CAUSAL 1ª DE CASACION CIVIL

La demanda incurre en la errónea denominación del cargo formulado contra la sentencia recurrida, cuando se invoca la causal primera de casación por supuesta violación directa de la ley sustantiva y se sustenta dicho cargo en errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas. Muchas veces ha dicho la Corte que en estos casos no se debe hablar de violación DIRECTA sino INDIRECTA. Si el sentenciador ha incurrido en evidente error de hecho o en error de derecho en la estimación del material probatorio, y el error imputado incide

n la sentencia acusada, la ley aparece que-rantada indirectamente como consecuencia e la errónea apreciación de las pruebas y rocede alegar como motivo de casación el onsagrado específicamente en el inc. 2º del um. 1º del art. 520 del C. J. Pero este equi-ocado bautizo del cargo no es óbice para xaminar el fondo de la acusación, si el li-elo señala claramente el contenido y alcan-e de ésta. (Casación Civil. Agosto 27 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-2158) . . 74, 1ª

— 94 —

CAUSAL 1ª DE CASACION (Violación indirecta de la ley sustantiva)

En el campo de la violación indirecta de la ley sustantiva, ésta se presenta siempre con motivo de la labor investigativa del juzgador en el campo probatorio; y en esa labor puede ocurrir que se equivoque el sentenciador porque dé por acreditado un hecho cuya prueba no existe, o porque niega que se encuentra acreditado cuando la prueba del hecho existe. En esto consiste el error de hecho que debe aparecer de modo manifiesto en los autos, al tenor de lo dispuesto por el artículo 520 del Código Judicial, segunda parte de la causal primera. (Casación Civil. Agosto 31 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-2158) ... ... 89, 1ª y 2ª

— 95 —

CAUSAL 1ª DE CASACION (Art. 494 del C. J.)

Como lo ha expresado la Corte "el quebrantamiento del artículo 494 del Código Judicial implica la violación de un derecho sustantivo, que encaja en la causal primera. no en la de otro orden". (Casación Civil. Septiembre 5 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157 y 2158) ... . 120, 2ª y 121, 1ª

— 96 —

CAUSAL 1ª DE CASACION

Es sabido que en casación la violación de normas sobre pruebas tiene que referirse o incidir sobre la violación de un precepto sustantivo para que el cargo sea pertinente. (Casación Civil. Septiembre 22 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58) 154, 1ª

— 97 —

CAUSAL 1ª DE CASACION (Se refiere a errores in judicando)

Concierne a la causal 1ª de casación la guarda de las normas sustantivas en su contenido abstracto, cuando sean desconocidas directamente o porque su espíritu se desvirtúe a través de errónea interpretación; o en su contenido jurídico concreto, cuando la ley sustantiva está aplicada indebidamente al caso sub judice. Son siempre errores in judicando, de tal suerte que la causal 1ª no se predica si los motivos que se aducen en el recurso están en función de errores in procedendo vinculados a la causal 6ª, supuesto que se tratara de las nulidades allí previstas. (Casación Civil. Noviembre 30 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) 671, 1ª.

— 98 —

CAUSAL 1ª DE CASACION PENAL

En el fondo, todas las causales de casación entrañan una violación de la legislación positiva, sustantiva o de procedimiento, pero cada una se refiere a un determinado modo de contrariar los ordenamientos legales. En materia penal, la causal 1ª ofrece dos formas: interpretación errónea o indebida aplicación de la ley. En ninguna de ellas incurrió el Tribunal, al dictar la sentencia que ha sido objeto del recurso, pues entendida la

calificación del Juri en el sentido de un homicidio perpetrado en defensa legítima del honor, lo procedente es absolver al procesado. No fue la ley, la mal interpretada en el caso de autos, sino el veredicto de los jueces de conciencia, sin que pueda repararlo por no haber aducido el recurrente la respectiva causal. (Casación Penal. Diciembre 12 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61) 893, 1ª y 2ª

— 99 —

CAUSAL 2ª DE CASACION CIVIL (Es improcedente alegarla contra sentencia totalmente absolutoria)

En relación con la causal segunda de casación y de acuerdo con jurisprudencia constante de la Corte, es improcedente la acusación, por incongruencia, contra un fallo que absuelve de todos los cargos formulados en la demanda. (Casación Civil. Agosto 31 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-2158) . 98, 1ª

— 100 —

CAUSAL 2ª DE CASACION

La incongruencia entre lo pedido y lo fallado no puede producirse, de ordinario, caundo la sentencia es absolutoria. (Casación Civil. Septiembre 1º de 1955. T. LXXXI Nos. 2157-2158) 104, 2ª

— 101 —

CAUSAL 2ª DE CASACION

La causal segunda de casación se refiere a aquel yerro extremo y evidente en materia probatoria cometido por el Tribunal, al afirmar la existencia de un hecho que no ocurrió, o al negar la del que sí sucedió o al admitir que se realizó, pero de modo distinto a la verdad. En el primer caso, se crea lo que no ha acontecido; en el segundo, se desconoce lo existente; y en el tercero, se le mu o altera en algo trascendental, todo con consecuencia de la equivocada apreciació de los elementos de juicio traídos al proces o de un mal entendimiento sobre el determ nado valor que les otorga la ley. (Casació Penal. Septiembre 27 de 1955. T. LXXX Nos. 2157-58) 307, 1

— 102 —

CAUSAL 2ª DE CASACION PENAL

En casos de estimación de la prueba, ha dicho la Corte refiriéndose a la causal segunda de casación, su función se limita a aquellos en que es protuberante el error, o sea, cuando el hecho de que se parte no se ha realizado, o el documento que se tuvo en cuenta para establecerlo contiene algo distinto de lo traducido o no existe, o el testimonio en que se apoya la condena resulta ineficaz por lo que expresa o niega en orden a probar la responsabilidad. Porque de otro modo, se repite, y si se tratara tan sólo de oponer a un criterio otro distinto, y además interesado, el Juez estaría siempre expuesto a ser corregido, si se atiende a que no todos razonan con al misma brillantez con palabras de mucha sonoridad, expresando sus ideas con la misma elegancia gramatical o con igual claridad, ni pueden explicar sus tesis o los motivos de su convicción de igual manera. Y si el convencimiento debe ser razonado, ello no quiere decir que haya obligación de indicar de qué naturaleza deben ser las razones creadoras de esa certidumbre. Lo que interesa es que no se contraríen los principios filosóficos que presiden el discernimiento y que las consecuencias que se deduzcan de un determinado hecho o de un supuesto no rompan el sentido común o la lógica. (Casación Penal. Noviembre 25 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61) 845, 2ª y 846, 1ª

— 103 —

CAUSAL 3ª DE CASACION PENAL (Improcedencia)

La causal tercera de casación no procede en los negocios adelantados mediante el procedimiento de la Ley 48 de 1936. (Casación Penal. Noviembre 25 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61) 847, 2ª

— 104 —

CAUSAL 6ª DE CASACION CIVIL

Una cuestión sobre personería adjetiva sólo puede examinarse a través de la causal sexta de casación. (Casación Civil. Octubre 21 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159) . . 474, 1ª

— 105 —

CAUSAL 6ª DE CASACION (Ord. 3º art. 448 C. J.)

La nulidad procesal (ordinal 3º, art. 448 C. J.), no puede ser alegada en el juicio, ni en casación (causal 6ª, artículo 520 C. J.), sino por la parte mal citada o emplazada. (Casación Civil. Diciembre 14 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61) 751, 2ª

— 106 —

CAUSAL 7ª DE CASACION CIVIL

La Corte reitera la doctrina según la cual "el motivo 7º de casación halla cabida, bien cuando el juzgador, teniendo cabal concepto de la acción intentada, se inhibe, sin embargo, de conocer del negocio **sub judice**, en la creencia falsa de corresponderle legalmente a otro funcionario de la misma o extraña jurisdicción; o cuando por erróneo entendimiento de la acción declara de modo expreso su inhibitoria, contra las normas positivas de la competencia. Lo esencial para la procedencia del motivo 7º aludido, es que el Tribunal decline explícitamente y sin base legal la jurisdicción en el pleito de que se trata, como allí se dice con toda claridad". (Casación, marzo 4 de 1954. LXXVII, 65). (Casación Civil. Octubre 4 de 1955. Tomo LXXXI. Nº 2159).....377, 2ª y 378, 1ª

— 107 —

CAUSAL 7ª DE CASACION (Improcedencia en el caso particular)

En el caso particular, el sentenciador se abstuvo de fallar sobre el fondo del pleito, no por considerarse incompetente sino porque encontró que hacía falta un presupuesto procesal, que denominó "demanda en forma"; o, en otros términos, conoció del asunto y lo decidió en el sentido de desestimar la demanda, siendo de anotar que la legalidad de esta decisión no puede examinarse, a través de una acusación fundada en la causal séptima de casación en lo civil. (Casación Civil. Octubre 21 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159)..... 477, 2ª

— 108 —

CAUSAL 7ª DE CASACION

"Lo esencial para la procedencia del motivo 7º de casación, es que el tribunal decline explícitamente y sin base legal la jurisdicción en el pleito de que se trata, como allí se dice con toda claridad", ha dicho la Corte. (Casación Civil. Octubre 21 de 1955. Tomo LXXXI. Nº 2159).....477, 2ª

— 109 —

CAUSAL 7ª DE CASACION

Declarada por el Tribunal la ejecutoria

de una sentencia, en relación con uno de los apelantes, no hay lugar a la causal 7ª de casación, por haberse abstenido el Tribunal de fallar sobre lo concerniente a dicho apelante. (Casación Civil. Diciembre 14 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61) 751, 2ª

— 110 —

CAUSAL 7ª DE CASACION PENAL

Para que prospere la causal séptima de casación el veredicto tiene que ser no sólo contradictorio sino evidentemente contradictorio, es decir, que pugne con la razón, que no se pueda descifrar en ningún sentido por contener dos extremos opuestos entre sí, como por ejemplo, cuando se afirma que X cometió un determinado hecho y a renglón seguido dice que no lo cometió. (Casación Penal. Septiembre 10 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58) 266, 2ª

— 111 —

CAUCION (En las acciones contra abogados por faltas en el ejercicio profesional)

El requisito de la caución a que se refiere el parágrafo 2º del artículo 17 de la Ley 69 de 1945 se contrae exclusivamente a las demandas instauradas por cualquier ciudadano en ejercicio de la acción pública consagrada por el mismo artículo. (Negocios Generales. Noviembre 23 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-2161) 979, 1ª

— 112 —

CERTIFICADOS DEL REGISTRADOR (No tienen la función de probar la venta de bienes raíces)

No hay precepto legal que atribuya a los certificados de los Registradores, la función de probar la venta de bienes raíces, como Corte lo tiene dicho (casación, julio 23 1925, XXXVII, 91); ni a las copias de l escrituras públicas, valor legal, en el caso q que no sean aducidas, como sucede en est negocio, en alguna de las oportunidades qu para ello señala el artículo 597 del C. J., cuy alcance, precisando y aclarando la jurispru dencia de la Corte en el particular, fue fi jado en casación de junio 24 de 1954 (LXX VII, 853). (Casación Civil. Agosto 30 d 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58).....78, 2ª

— 113 —

CERTIFICADOS DEL REGISTRADOR (Nota del Registro en el título)

Aunque el artículo 2669 del Código Civil "previene que la nota de registro se ponga al pie del título, de ahí no se sigue que, en caso de omitirse por cualquier causa esta formalidad, esté vedado obtener en otra ocasión y en otro camino el certificado del Registrador. Como acto de tradición lo esencial es el registro y como prueba el testimonio oficial y escrito del registrador". (G. J. Tomo XXVII, pág. 224 y Tomo LVI, pág. 142) (Casación Civil. Septiembre 1º de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-2158).....106, 2ª

— 114 —

CESION DE DERECHOS HEREDITARIOS (Efectos)

Cuando hay coherederos no es posible entender que a ninguno en particular le pertenezca por modo exclusivo cierto bien de la herencia. No podrá saberse de antemano si en definitiva habrá de corresponderle como causahabiente directo del difunto. Pero está capacitado para ceder su derecho tal cual es, y el cesionario ocupará el puesto jurídico de su autor. Sólo responderá el cedente de su

calidad de heredero, pero nada más que en el caso de no especificar los efectos de que se compone la herencia. (Artículo 1967 del Código Civil). Si los derechos hereditarios se venden con vinculación a determinados bienes de la comunidad universal, el cesionario no adquiere de inmediato el dominio en esa forma singularizado, pero tiene capacidad plena para intervenir en la liquidación de la herencia, en defensa del interés que le permita alcanzar que se le adjudiquen aquellas cosas a que se dijo estar vinculado el derecho hereditario. Y tiene el cesionario, por encima de todo, el derecho perfecto a que su cedente le respete y resguarde la titularidad que él mismo le ha dado. Es para el cesionario una capacidad de actuar en defensa de sus intereses conforme a derecho, aunque en definitiva no haya de lograr que la adjudicación sobrevenga, como sería, v. gr. en el caso muy claro de que el pasivo absorba en su integridad el activo hereditario. (Casación Civil. Septiembre 30 de 1955. Tomo LXXXI. Nos. 2157-2158)..197, 2ª y 198, 1ª

— 115 —

COHECHO (Elementos del delito)

El delito de cohecho está integrado por los siguientes elementos:

1º Que el sujeto activo sea un funcionario o empleado público; 2º que reciba indebidamente, para sí o para un tercero, dinero o cualquier otra dádiva, o acepte promesas remuneratorias, directas o indirectas; y 3º que la dádiva o la promesa la reciba o la acepte para hacer, omitir o retardar un acto concerniente a sus funciones, o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales. (Casación Penal. Septiembre 15 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58) 276, 2ª

— 116 —

COMPETENCIA (Para conocer de delitos sometidos a diversas jurisdicciones)

En la concurrencia de estas infracciones no se trata de asignar la competencia por razón de estar atribuído el conocimiento de los hechos a diversas competencias, como sería el caso del artículo 50 de la ley procedimental, ni de fijar la facultad para conocer y juzgar delitos continuados o crónicos cometidos en lugares pertenecientes a distintas jurisdicciones, caso previsto por el artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, sino de resolver el problema de competencias para delitos cometidos en lugares diferentes y sometidos a diversas jurisdicciones, infracciones de las cuales conocen en primera instancia los Jueces Penales de Circuito. (Artículo 3º, Decreto número 3347 de 1950).

Siendo competentes para conocer de esa clase de delitos los Jueces Penales de Circuito, la competencia se determina por la norma del artículo 57 del Código de Procedimiento Penal, pues, tratándose de juzgar delitos cometidos en lugares distintos "prevendrá en el conocimiento el Juez competente por la naturaleza del hecho del lugar en que primero se formule el denuncio o en que primero se inicie la instrucción, y, en igualdad de circunstancias, el del lugar en que primero se haya aprehendido al inculpado", disposición aplicable al caso de estudio, por no existir norma especial en la ley que resuelva el problema de delitos conexos.

"No encontrándose previsto en el estatuto procesal —ha dicho la Corte— el caso de delitos conexos cometidos en diversas jurisdicciones, su ocurrencia ha de estimarse comprendida dentro de lo dispuesto en el artículo 57 de aquella obra y regirse por tal norma. Interpretación ésta que se vigoriza aún más lógicamente si se tiene en cuenta

la íntima relación entre los delitos investigados y el haber presentado la denuncia e iniciado la instrucción en la misma ciudad donde el primero de ellos en el tiempo y en la intención del agente, tuvo lugar". (Casación Penal. Agosto 23 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58).....241, 1ª y 2ª

— 117 —

COMPETENCIA (Para conocer de delitos cometidos por agentes de policía)

Si el fuero castrense sólo se hizo extensivo a los miembros de la Policía por el Decreto 1426 de 4 de mayo de 1954, no obstante haberse incorporado dicho servicio a las Fuerzas Armadas por el Decreto 1814 de 1953, es obvio que los hechos de que trata este informativo —ocurridos en el mes de abril de 1952— son del conocimiento de la justicia común. (Casación Penal. Agosto 29 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58)..... 248, 2ª

— 118 —

COMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE JUICIOS PROVENIENTES DE CONTRATOS CELEBRADOS CON LA NACION (Artículo 40 C. J.)

Analizando de cerca lo que ocurre cuando un propietario privado se considera lesionado en sus derechos por el contrato que celebra la Nación, ya sea para explorar y explotar petróleos en terrenos que aquél juzga de su dominio privado, o para explorar y explotar minerales contenidos en terrenos en que el interesado alega tener derechos preferenciales, la controversia no tiene como origen el contrato mismo que la Nación haya celebrado, sino el derecho del propietario que se ve ante el peligro de que se le desconozca. El vocablo **proveniente**, derivado del verbo **provenir**, no puede tener sentido distinto del que le señala el diccionario de la lengua, según el cual el verbo provenir significa "nacer, proceder, originarse una cosa de otra como de su principio". Según esto el derecho cuyo reconocimiento pretende el particular, frente a una concesión minera o petrolífera no nace, ni procede, ni se origina como de su principio, del contrato celebrado por la Nación, sino justamente de actos o hechos jurídicos distintos y anteriores al contrato. Precisando el pensamiento se puede afirmar que cuando el artículo 40 del Código Judicial habla de controversias provenientes de contratos, está significando controversias cuya causa reside en el contrato. (Negocios Generales. Agosto 16 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58) 316, 2ª

— 119 —

COMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE JUICIOS CONTRA LA NACION POR RAZON DE CONTRATOS

La competencia exclusiva de la Corte para conocer de los juicios contra la Nación, por razón de contratos, no sólo comprende los juicios que puedan proponer los contratantes contra la Nación o viceversa, sino también los promovidos por terceros que pueden comprobar su interés jurídico en relación estrecha con el contrato. (Negocios Generales. Agosto 16 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58) 316, 2ª

— 120 —

COMPETENCIA (Para conocer de delitos conexos)

Si los hechos denunciados tuvieron plena confirmación dentro del proceso, los delitos demostrados serían los de rapto y estupro,

de jurisdicción y competencia de los Jueces de Circuito. Pero, como los delitos se cometieron en diversas jurisdicciones, las normas aplicables para resolver el problema de la competencia —en este caso— serían las de artículos 56 y 57 del Código de Procedimiento Penal, bien por tratarse de un hecho (rapto consentido) de carácter permanente o delito crónico, ya también, por haberse cometido los delitos en lugares distintos y ser conexos, y en ausencia de disposición expresa que regule la jurisdicción y competencia para esta clase de delitos, la norma aplicable es la del artículo 57. (Casación Penal. Noviembre 15 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61) 823, 2ª

— 121 —

COMPETENCIA PARA CONOCER DE DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PUBLICOS (Su calidad es la que determina la competencia)

Como se trata de resolver sobre la imputación que se hace a un funcionario público —Juez del Circuito— esta calidad es la que determina la competencia tanto del Tribunal en primera instancia como de la Corte en segunda, pues sin la demostración previa de esta calidad —empleado público— ni el Tribunal ni la Corte tienen jurisdicción y competencia para dictar providencia alguna sobre el particular; ésta, por otra parte, es la jurisprudencia de la Sala repetida en abundantes fallos y que, en el presente caso, debe aplicarse revocando la providencia consultada para que el Tribunal allegue a los autos el Decreto de nombramiento, el acta de posesión y el certificado sobre ejercicio del cargo. (Casación Penal. Diciembre 10 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61) 885, 2ª

— 122 —

COMPLICIDAD (Juzgamiento de los cómplices)

Si en un delito en el que por su naturaleza debieron intervenir más de dos personas para consumarlo apenas una aparece penalmente comprometida, no por ello podrá sostenerse que también ésta debe seguir la misma buena suerte de sus compañeros de acción. (Casación Penal. Noviembre 25 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61) 847, 1ª

— 123 —

COMPRAVENTA (Obligaciones que nacen de este contrato)

Como es bien sabido, el contrato de venta no transfiere el dominio y sólo produce obligaciones, por lo cual, de conformidad con el artículo 1871 del Código Civil, la venta de cosa ajena es válida pero es claro que el vendedor, en tal caso, contrae para con el comprador las mismas obligaciones que si fuera vendedor de cosa propia, obligaciones que sólo quedan cumplidas, en lo que concierne a la tradición, cuando adquiere el dominio de la cosa, según lo previsto en el inciso 2º del artículo 752, o cuando obtiene la ratificación del verdadero dueño de acuerdo con lo expresado en el artículo 1874; pero que tal obligación del vendedor en manera alguna queda cumplida con el simple hecho de colocar a quien figura como comprador en posibilidad de ganar el dominio por prescripción. En otros términos, el contrato es válido pero si el vendedor, por no ser dueño, no puede efectuar una tradición válida, falta al cumplimiento de una de las obligaciones que le corresponden. (Casación Civil. Septiembre 15 de 1955. T. LXXXI. Números 2157-58) ..... 133, 2ª y 134, 1ª

— 124 —

COMUNIDAD (Derechos del comunero)

En la comunidad de una cosa universal o singular, cada comunero tiene, en virtud de los atributos del dominio, derecho a ejercitar las acciones enderezadas a la conservación de la cosa común. Y la actividad del comunero con fines de conservación de la cosa común aprovecha a todos. Así lo tiene establecido en forma constante y reiterada la doctrina de la Corte en numerosos fallos. De manera que si uno de los comuneros presentó en tiempo su oposición a la propuesta de contrato, esa actividad aprovecha a los demás comuneros, hasta el punto de que estos últimos pueden legítimamente promover juicio ordinario dentro de los dos años siguientes a la ejecutoria de la sentencia pronunciada en el juicio breve y sumario a que dio origen la oposición. (Negocios Generales. Agosto 29 de 1955. T. LXXXI. Números 2157-58) 325, 1ª

— 125 —

CONCUSION (Elementos del delito)

Son requisitos necesarios de la concusión: a) Calidad de funcionario o empleado público en el sujeto activo del delito; b) abuso del cargo de las funciones; c) empleo de actos encaminados a constreñir o inducir a alguno; y d) entrega o promesa indebidas de dinero o de otra utilidad, hechas al funcionario o a un tercero como efecto de la violencia o del fraude.

Es de destacar que el concusionario no sólo puede valerse de la coacción moral, amenazando francamente con abusar de sus poderes, sino también del engaño —que es lo más frecuente—, mediante un hábil y sutil procedimiento para atrapar a la víctima o inducirla a dar o prometer lo que se le pide sin justa causa. Por eso, la concusión puede ser **explícita** o **implícita**. Explícita cuando la amenaza es manifiesta y el funcionario pone de bulto sus dañados propósitos de lucro. Implícita, cuando los oculta y mañosamente hace caer en error o en engaño al ofendido. Esta forma de concusión es muy semejante a la estafa, pero se diferencia de ella en cuanto el ardid proviene del oficial público que traiciona su investidura. (Casación Penal. Septiembre 15 de 1955. Tomo LXXXI. Nos. 2157-58).....276, 1ª y 2ª

— 126 —

CONCUSION Y COHECHO (Diferencias)

Aconseja la doctrina tradicional que, para distinguir la concusión del cohecho, debe adoptarse este criterio práctico: en la concusión el funcionario **pide** o **exige**, franca o veladamente; y en el cohecho no exige nada; simplemente **acepta**.

Pero la diferencia más honda y sustancial que separa aquellos dos delitos radica en esto: que en la concusión existe la violencia o engaño de parte del funcionario público, y sólo hay un sujeto activo de la infracción; mientras que en el cohecho están ausentes esos medios coactivos o fraudulentos, y el ilícito es bilateral, porque requiere un acuerdo perfecto, sin vicio alguno, de la voluntad, entre el sobornador y el sobornado. Hay un verdadero "contrato ilícito", en que ambos sujetos son codelincuentes. Uno y otro protagonista actúan dolosamente en daño de la administración pública. Además, en el cohecho el acuerdo versa sobre un acto determinado y futuro que el funcionario debe cumplir; en tanto que la concusión no requiere ese acto futuro y preciso. En ella "todo comienza y concluye con el abuso de autoridad constituído por la exigencia" (Soler); de la misma manera que en el cohecho, "la consumación de este delito está en la consuma-

ción del contrato" (Carrara). (Casación Penal. Septiembre 15 de 1955. T. LXXXI. Números 2157-2158).....276, 2ª y 277, 1ª

— 127 —

CONDICION RESOLUTORIA (En caso de incumplimiento de las obligaciones del vendedor)

Cuando el vendedor declara, al celebrar el contrato de venta, que la cosa vendida está libre de gravámenes, así deberá entregarla al comprador; por consiguiente, si la cosa vendida aparece con algún gravamen, el vendedor falta al cumplimiento de las obligaciones que le impone el contrato, y puede por tanto en tal caso el comprador ejercer los derechos establecidos en el artículo 1546 del Código Civil. (Casación Civil. Septiembre 15 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58).. 134, 1ª

— 128 —

CONCUBINATO (No prueba ningún género de relaciones de derecho entre los amancebados)

El concubinato no prueba ningún género de relaciones de derecho entre los amancebados, ni el transcurso del tiempo posee virtud para transformar y darle eficacia a tal situación contraria al ordenamiento.

Pueden celebrarse válidamente entre concubinos contratos de diversa índole, siempre que su configuración y existencia no dependa del amancebamiento mismo, el que debe ser ajeno también a sus motivos determinantes. A menudo podrá presentarse el contrato de trabajo, el mandato, la sociedad de hecho o de derecho, v. gr., pero en cada caso es indispensable que la figura jurídica y su validez se encuentren plenamente comprobadas para ser deducidas en juicio. Ni basta el amancebamiento por sí solo, privado como está de efectos jurídicos, para inferir la formación valedera de alguna de aquellas negociaciones. Más bien la unión al margen de la ley invitara a colegir que por esos medios se buscara el fin de formar, mantener o cultivar el concubinato, lo que serviría a destruírlos en razón de sus móviles. (Casación Civil. Diciembre 12 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161).....732, 1ª

— 129 —

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (Caducidad de la acción)

El término para interponer las acciones civiles provenientes de las decisiones administrativas referentes a contratos, es perentorio y como tal obra **ipso iure**, o sea, que surte sus efectos por ministerio de la ley, transcurre inevitablemente a partir del hecho señalado por la misma y es preclusivo. (Negocios Generales. Noviembre 8 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161).....942, 1ª

— 130 —

CONTRATO DE TRANSPORTE DE MERCANCIAS (Pruebas que puede aducir el porteador de que ha entregado la carga al consignatario)

El artículo 313 del Código de Comercio dice que el canje del original de la carta de porte con el duplicado, prueba la recepción de las mercaderías y el pago de porte y gastos; y el artículo 315 de la misma obra estatuye que el consignatario está obligado a otorgar al porteador el recibo de las mercaderías que le entregare, toda vez que, por no haberse extendido carta de porte, o por haberse extraviado, no pueda realizarse el canje de que habla el artículo 313 del Código de Comercio. Estas disposiciones indican

que existen varios medios para probar la entrega de las mercaderías: o bien el canje de la carta o porte, o el recibo que está obligado a expedir el consignatario de las mercaderías que se le entreguen. Pero estas dos maneras de probar el recibo de las mercancías por el consignatario, no excluye que éste pueda probarse por otros medios. Sería absurdo pretender que si el consignatario no hace el canje de la carta de porte, por cualquier motivo, o si no otorga el recibo, pueda decirse que el porteador esté en la imposibilidad de probar la entrega de las mercancías por otros medios que acrediten suficientemente el hecho del recibo de ellas. (Casación Civil. Noviembre 30 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161).....702, 1ª

— 131 —

CORTE ELECTORAL (Sus funciones)

Quien tiene la "suprema inspección y vigilancia de los organismos electorales", es la H. Corte Electoral. A ella le están asignadas entre otras, las atribuciones de elegir al Registrador Nacional del Estado Civil, sancionarlo o destituírlo; efectuar los escrutinios en las elecciones para Presidente de la República, Senadores y Representantes al Congreso y Diputados a las Asambleas Departamentales y hacer la correspondiente declaratoria de elección; nombrar los escrutadores y demás empleados que estime necesarios para el correcto ejercicio de sus funciones, y aprobar los nombramientos de Visitadores hechos por el Registrador Nacional; destinar a los diferentes Departamentos los Delegados Departamentales designados por éste, señalarles las zonas en que deben actuar, indicar el número de funcionarios que cada Delegado Departamental debe tener, y ordenar las investigaciones y visitas conducentes al buen funcionamiento de la actividad electoral, nombrando los agentes que han de practicarlas. (Sala Plena. Noviembre 3 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161).....569, 1ª y 2ª

— 132 —

COSTAS (El auto de aprobación o reforma de liquidación de costas es proferido por el Magistrado Ponente)

El auto de aprobación o reforma de liquidación de costas, aunque sea de naturaleza interlocutoria, es proferido únicamente por el Magistrado Ponente. (Casación Civil. Septiembre 6 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58) 125, 2ª

— 133 —

CUANTIA

La fijación de la cuantía para determinar la competencia de los falladores, obedece principalmente a realizar una división del trabajo de los negocios judiciales; esa cuantía, mayor o menor, para fijar la competencia de los Jueces Municipales y de los de Circuito, opera en el momento mismo de la presentación de la demanda en donde quedan o deben quedar determinados los valores de los bienes trabados en la querella judicial tanto por el valor intrínseco de ellos como de los accesorios (frutos, daños, etc.) existentes en ese momento y fácilmente apreciables. El mismo criterio debe actuar para determinar qué negocios pueden dar lugar al recurso de casación. (Casación Civil. Septiembre 30 de 1955. T. LXXXI. Números 2157-58) 190, 1ª

— 134 —

CUANTIA (Para el recurso de casación interpuesto en el proceso penal en lo tocante a la indemnización de perjuicios)

Si bien es verdad que el artículo 559 del Código de Procedimiento Penal permite la casación cuando el monto de los perjuicios "sea o exceda de tres mil pesos", y en el presente negocio fue fijado en $ 8.000.00, sin embargo, tal norma, en esa parte, quedó suspendida por el Decreto Legislativo número 3547 de 1950, que elevó a diez mil pesos "las cuantías de que trata el artículo 519 del Código Judicial sobre procedencia del recurso extraordinario de casación contra las sentencias dictadas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial", con la única salvedad de que el Decreto es inaplicable a los juicios en curso y en los cuales se haya dictado fallo definitivo de segunda instancia. (Casación Penal. Diciembre 6 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61) ... 868, 2ª

— 135 —

CUANTIA (Artículo 519 del C. J. y 559 del C. de P. P.)

Los arts. 519 del Código Judicial y 599 del de Procedimiento Penal deben interpretarse armónicamente, no sólo porque ambos precisaron la misma cuantía ($ 3.000) como cantidad mínima para conceder el recurso de casación, sino porque, en virtud de mandato expreso de la última norma, todo lo relativo a la casación civil debe aplicarse al proceso penal cuando se trata de los perjuicios causados por el delito. (Casación Penal. Diciembre 6 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61) .....868, 2ª y 869, 1ª

— 136 —

CUERPO CIERTO O COSA SINGULAR (Puede considerarse como tal, un conjunto de unidades de cierto género, si está bien singularizado o determinado como conjunto)

En tratándose de la cosa materia de acción de dominio o reivindicación, hay dos aspectos que deben contemplarse, dos circunstancias cuya verificación se impone: si se trata, en principio, de una cosa singular, de una especie o cuerpo cierto, ya se reclame en su totalidad o una cuota (artículos 946 o 949 del Código Civil); aspecto o circunstancia de carácter sustantivo o de fondo; y si se hizo la determinación precisa de esa cosa en la demanda, en términos tan exactos que permitan la identificación de ella e impidan confundirla con otra, particularmente tratándose de muebles como en el caso actual (artículo 217 del Código Judicial).

En el litigio las partes han agotado sus esfuerzos, con razonamientos de lujo, para sostener tesis divergentes sobre las características distintivas de **género** y **especie, cuerpo cierto** o **cosa singular.** Si un conjunto de unidades de cierto género, pero bien determinado o singularizado **como conjunto,** como tal **"hato"** de ganado vacuno, tal **"rebaño"**, tal "colmena" y hasta "una galaxia", puede ser considerado como cuerpo cierto o cosa singular, susceptible de acción de dominio o reivindicación por su totalidad o por una cuota determinada.

La Corte se pronuncia por la afirmativa, siempre que el **conjunto,** como tal, esté bien singularizado, aunque no se determine, individualmente, cada una de las unidades componentes, cosa ésta imposible e inútil en algunos casos, como el de la colmena, en que no se puede distinguir una abeja de otra, salvo para los entendidos y prácticos, la abeja **reina,** las **obreras** y los **zánganos**; e inú-

til, porque no es objeto de comercio cada abeja por separado de las otras; como sí puede serlo la colmena misma, o una cuota proindiviso en ella, como la mitad, la quinta parte, etc.

Tratándose de un hato o rebaño, ocurre algo parecido, con la diferencia de que como en él sí pueden ser objeto de operaciones comerciales las distintas reses o cabezas, individualmente consideradas, y cuyo valor es diferente según la clase, raza, edad, sexo, tamaño, estado de salud, etc., para apreciar el conjunto como cuerpo cierto o cosa singular, sí es indispensable, a fin de poder identificarlo debidamente, conocer su localización, número de unidades o las características generales a que se ha aludido, pero no hasta pretender la descripción pormenorizada de todas o cada una de las reses, cosa irrealizable en hatos de 1.000 o más cabezas de ganado. (Casación Civil. Noviembre 30 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161).... 686, 1ª y 687, 2ª

— 137 —

CUESTIONARIOS

Sobre el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, ver el estudio que transcrito en la presente sentencia, corre publicado en la GACETA JUDICIAL, números 2157-2158, pág. 254. (Casación Penal. Diciembre 10 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61).881, 2ª y 882, 1ª y 2ª

— 138 —

CUESTIONARIOS (Deben incluírse las modalidades del ilícito)

El no incluírse en la serie de cuestionarios, las modalidades del homicidio, que fueron materia de los cargos formulados en el auto de proceder, es una omisión de una fórmula del juicio que no sólo por ser propia debe repararse, sino porque su falta desquiciaría el juzgamiento, que es de orden público y que no está vinculado al interés de una sola de las partes. (Casación Penal. Diciembre 10 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61) .....883; 2ª y 884, 1ª

— 139 —

CUESTIONARIOS (Manera de redactarlos)

El artículo 28 de la Ley 4ª de 1943 vino a substituir el sistema que sobre la manera de redactar los cuestionarios establecía el artículo 298 del C. de P. P. diferenciándose los dos, el derogado y el vigente, no sólo en cuanto a su forma y contenido sino también en el número de cuestiones, cada una de las cuales permitía contestar con un "sí" o con un "no", simplemente.

Hoy, en presencia del nuevo precepto, en una sola cuestión debe estar comprendido el hecho materia de la causa conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyen, pero sin darle denominación jurídica. Esto, porque los jueces de conciencia afirman o niegan la responsabilidad no sobre un delito, cuya definición corresponde al Juez ante quien se adelanta el proceso, sino sobre el aspecto material del acto que se juzga y acerca de las modalidades de realización que lo configuran.

El Jurado, a su turno, no está constreñido —en su respuesta— a una afirmación o negación, sino que puede añadir todo aquello que conforme a su criterio considere encaminado a expresar concretamente su voluntad. (Casación Penal. Agosto 31 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58).....254, 1ª

— 140 —

CULPA (La imprevisión o la temeridad)

No hay acto culposo en que no intervenga la imprevisión o la temeridad, que es lo mismo que confianza imprudente. Y es por esto por lo que la fórmula del artículo 12 del Código Penal —que no implica una definición— es muy aceptable, si acaso no puede calificarse de perfecta. Allí se dice que hay culpa cuando el agente no **previó** los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o cuando a pesar de haberlos previsto, **confió imprudentemente** en poder evitarlos.

Así, en los casos que a manera de ejemplos se citan a continuación, es posible apreciar la presencia de aquellos factores: arrojar a una calle muy transitada una piedra u otro objeto capaz de causar daño; guiar un automóvil hallándose ebrio el conductor; maniobrar con una arma mortífera sin ningún cuidado. Entonces, si de cada uno de esos actos resulta un daño, porque la piedra golpeó a un transeúnte, el automóvil atropelló a un peatón y el arma que estaba cargada disparó e hirió a un circunstante, los autores responderían por lesiones u homicidio, según el caso, porque en la primera hipótesis se dejó de preveer algo que era muy previsible (gente en la calle); en la segunda se corrió un riesgo (temeridad) confiando en evitarlo, además de que se infringió el Reglamento que prohibe a los beodos el manejo de vehículos; y en la tercera, hubo imprudencia al no observar si el arma estaba en condiciones de hacer fuego.

Es bien notorio que en estas ocurrencias los protagonistas no sólo no desearon producir los resultados que se han imaginado, sino que creyeron que sus acciones no iban a causar detrimento a nadie, o que dándose cuenta de lo atrevidas de ellas confiaron en su buena estrella y en que no darían lugar a perjudiciales efectos. La imprevisión y la osadía fueron factores predominantes que los llevaron al delito. (Casación Penal. Septiembre 22 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58) 295, 2ª

— 141 —

CUOCIENTE ELECTORAL

En el sistema del cuociente electoral los votos de los residuos "menores" pierden su poder electivo, pero después que tales residuos se han formado como resultado de la división del total de votos de cada lista por el cuociente, o sea, una vez que todas las listas han participado en el escrutinio. Y al participar en él, si sus votos no llegan al cuociente, se inscriben como residuos, de mayor a menor, pudiendo, en ese orden, recibir los puestos no adjudicados por cuociente. Las listas que no llegan al cuociente deben entrar al escrutinio con sus votos, para formar residuos mayores o menores, según el caso. (Sala Plena. Septiembre 14 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-2158) 11, 1ª

— 142 —

CUOCIENTE ELECTORAL (Es contrario a este sistema excluir del escrutinio listas que no obtengan un cierto número de votos)

Es contrario al sistema del cuociente electoral, y al principio de la influencia de las listas en las elecciones según sus sufragios, disponer que se excluyan del escrutinio las que no alcancen una cantidad de votos válidos igual a la mitad del cuociente. Tal exclusión no les dá a esas listas el derecho a influir en las elecciones. (Sala Plena. Septiembre 14 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58) 11, 2ª

— 143 —

CURADOR AD LITEM (**Caso de nulidad por no haber sido designado el curador por el menor adulto demandado, conforme a los artículos 241 y 242 del C. J., sino directamente por el Juez**)

Dice el recurrente: "Conforme a los artículos 241 y 242 del Código Judicial, cuando se trate de un menor adulto que carezca de representación legal, o cuando éste se halle ausente, para comparecer en el juicio, debe ser requerido para que nombre curador **ad litem** y solamente en caso de renuencia del menor adulto a nombrar un curador capaz que le represente, puede el juez proceder a designar el curador correspondiente, siendo entendido que si el menor nombra un curador capaz, el juez debe confirmar el nombramiento".

De conformidad con las disposiciones legales citadas por el recurrente, la designación de curador **ad litem** le corresponde, no al juez, sino al menor; y en el caso de que se trata, el curador no fue designado por el menor adulto demandado, sino directamente por el juez sin que a aquél se le hubiera dado oportunidad de hacer la respectiva designación. El demandado, por tanto, no estuvo debidamente representado en el juicio y hay una causal de nulidad expresamente prevista en el artículo 448, ordinal segundo del Código Judicial. (Casación Civil. Octubre 31 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159)...517, 1ª y 2ª

— D —

— 144 —

DACION EN PAGO (**Cuándo se hace adjudicando un inmueble en el juicio de sucesión**)

Cuando los herederos son mayores de edad, la adjudicación convenida por ellos que hace el partidor de un inmueble determinado de la sucesión a un acreedor hereditario en pago de su crédito transfiere el dominio al acreedor una vez aprobada y registrada la sentencia de partición; pues hay aquí una dación en pago hecha por quien tiene facultad de enajenar. (Casación Civil. Agosto 31 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58)... 100, 2ª

— 145 —

DECRETO-LEY 380 DE 1942 (**Exequibilidad de su artículo 15**)

El artículo 15 del Decreto-Ley 380 de 1942 establece que las viviendas que se adquieran conforme al Decreto-Ley 380 no son embargables mientras sean propiedad de sus beneficiarios, excepto para el cobro de la deuda que se haya originado en su compra, y no son enajenables sino con aprobación del Personero Municipal mientras se halle pendiente cualquier saldo de la deuda. La inalienabilidad de la vivienda, conforme al artículo 15 acusado, es relativa y transitoria: no es enajenable sino con aprobación del Personero Municipal y sólo mientras se halle pendiente cualquier saldo por razón de la compra. Contemplando este aspecto, la norma no quebrantaría el art. 37 de la Constitución. Además no se opone esta norma a los artículos 37 y 50 de la Carta, pues si el primero establece en general que "no habrá en Colombia bienes raíces que no sean de libre enajenación", el segundo estatuye que las leyes "podrán establecer el patrimonio familiar inalienable e inembargable". Es cierto que la inembargabilidad de la vivienda así adquirida, sustrae a la prenda general de los acreedores del beneficiario, dicho bien inmueble, pero tal limitación se justifica por motivos de interés social. Según el artículo 30 de la Carta, "cuando de la apli-

cación de una ley expedida por motivos de utilidad pública e interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social". Por lo demás, la norma acusada armoniza con distintas leyes que han consagrado la inembargabilidad de las viviendas populares para trabajadores. Así, el artículo 2º de la Ley 61 de 1936 dispuso que "la casa o vivienda adquirida por un obrero no es embargable y sólo podrá transferirse al cónyuge o a sus hijos". La Ley 91 de 1936, "por la cual se autoriza la constitución de patrimonios de familia no embargables, con criterio y fines de acción social", se refirió a las viviendas para empleados y obreros de que tratan las leyes 46 de 1918 y 61 de 1936. El artículo 12 de la Ley 166 de 1941, "adicional y reformatorio de la 44 de 1929 y 10 de 1934", estableció que los inmuebles adquiridos de acuerdo con dicha ley "no son embargables mientras sean propiedad de los beneficiarios". Y el artículo 6º del Decreto Ley 207 de 1949 consagró el mismo principio respecto de las viviendas vendidas por el Instituto de Crédito Territorial. (Sala Plena. Noviembre 22 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161).....586, 1ª y 2ª

— 146 —

DECRETO 243 DE 1951 (Artículo 1º)

El artículo 1º del Decreto 243 de 1951 no se refiere a los medios de prueba y su valoración legal, sino sólo a la oportunidad de recibir a pruebas el pleito en la segunda instancia. (Casación Civil. Octubre 10 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159).....405, 1ª

— 147 —

DECRETO LEGISLATIVO 1037 DE 1951 (Sustracción de materia)

La Corte encuentra que los artículos 5º, 6º y 7º del Decreto legislativo número 1037 de 1951 acusado de inconstitucional, pertenecen a un estatuto que ha dejado de regir porque tenía vigencia transitoria para los escrutinios de las elecciones siguientes a su fecha.

El escrutinio dispuesto en el Decreto acusado y las funciones de los congresistas elegidos conforme a ese sistema, han cesado en sus efectos y el Decreto tuvo una vigencia enteramente transitoria. Así se realiza el hecho previsto por constante jurisprudencia de la Corte, consistente en la sustracción de materia sobre la cual pueda recaer un pronunciamiento de inexequibilidad. (Sala Plena. Diciembre 12 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161).....609, 1ª

— 148 —

DELITO FRUSTRADO Y TENTATIVA (Artículos 16 y 17 del C. P.)

Cuando en el desarrollo del delito —**iter criminis**— se da comienzo a su ejecución y éste se interrumpe por causas ajenas a la voluntad del agente, se está en presencia de la figura jurídica denominada tentativa (artículo 16 del C. P.). Mas cuando habiéndose ejecutado todos los actos necesarios para la consumación del delito éste no se realiza por circunstancias independientes a la voluntad del agente, se está en presencia de un delito frustrado (artículo 17 ibidem). "Si el **iter criminis** no llega al momento consumativo —expresa Ferri— surge la figura de la tentativa, es decir, la imperfección del delito a causa de circunstancias accidentales, a pesar del esfuerzo (conato) del delincuente

para alcanzar la meta". En cambio "el delito frustrado es completo en la ejecución subjetiva pero incompleto en la objetiva; mientras que el delito intentado es incompleto tanto en un aspecto como en el otro.

El delito frustrado como la tentativa, se caracterizan por la intención o propósito de cometer un delito; por la existencia de un principio de ejecución del mismo con medios idóneos, y por la voluntad de alcanzar un fin determinado interrumpido por causas independientes al querer del agente. Si tanto la tentativa como la frustración —modalidades del delito imperfecto— están integradas por elementos objetivos o subjetivos, es natural que al calificar la responsabilidad en los juicios por Jurado, el cuestionario debe contener los presupuestos esenciales del delito, en su aspecto material y moral. Pero cuando el cuestionario se redacta prescindiendo de estos elementos (artículo 28, Ley 4ª de 1943), se pretermiten formalidades esenciales propias del juicio, ora, en lo referente al cuerpo del delito, bien, a la responsabilidad de sus autores. (Casación Penal. Noviembre 10 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61) 812, 1ª

— 149 —

DEMANDA (Autonomía del fallador en su interpretación)

El fallador de instancia tiene autonomía para interpretar la demanda, interpretación que no puede ser cambiada por la Corte sino cuando se alegue y demuestre un manifiesto error de hecho. (Casación Civil. Diciembre 15 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61) 791, 2ª

— 150 —

DEMORAS — ABUSO DE AUTORIDAD (Cómo se configura este delito)

En los delitos de abuso de autoridad — omisión por demoras —el ilícito no se estructura por la simple demostración del elemento objetivo o material con prescindencia del factor subjetivo o moral; es necesario e indispensable la concurrencia de ambos factores para que se tipifique el hecho como una verdadera infracción de la ley penal. La presencia de uno de ellos —factor objetivo— y la ausencia de otro —factor moral— implican la inexistencia del delito por desintegración del mismo; es la reunión o conjunto de estos elementos lo que estructura el hecho como delito.

En el delito de abuso de autoridad por demoras, éstas, en la mayoría de los casos, no dependen de un hecho voluntario o intencional del funcionario que administra justicia; generalmente, es la concurrencia de factores extraños a su voluntad, la que impide que las providencias se dicten en los términos indicados por la ley. La presencia de un obstáculo material o de una imposible físico, proveniente del recargo de trabajo, volumen de negocios, tiempo para dictar una providencia de fondo, o enfermedad debidamente justificada, son motivos razonables que impiden que los negocios se tramiten con la prontitud requerida y dentro de los plazos señalados por la ley.

Las demoras provenientes de falta de actividad, descuido, omisión o negligencia en el desempeño de una función o en el ejercicio de un cargo, tienen que revestir el carácter de culpables o dolosas para poder configurar el elemento intencional; en otros términos, es la demostración del factor intencional o culposo en los actos del funcionario, y la comprobación de las demoras en las actuaciones judiciales, lo que caracteriza

l delito; la ausencia de uno de estos elemenos quita al hecho el carácter de infracción e la ley penal. (Casación Penal. Septiembre 20 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58) . . 288, 2ª

— 151 —

DERECHOS ADQUIRIDOS EN PRESTACIONES SOCIALES (Situación jurídica general o abstracta e individual o concreta del titular del derecho)

La Caja Nacional de Previsión como la Caja de Protección Social de la Policía Nacional y otras instituciones públicas similares, han sido creadas por la ley con el fin de ofrecer determinadas ventajas personales o prestaciones a los servidores del Estado, en propio interés del buen funcionamiento del servicio público, ya que mediante ellas se estimula el celo, la honradez y la eficiencia de los funcionarios y empleados oficiales. Pensiones de retiro, auxilios de cesantía, recompensas por tiempo cumplido en el servicio, prestaciones en caso de enfermedad o accidente, seguros de vida, subsidios de maternidad, préstamos para vivienda, etc., son ejemplos de las ventajas personales o prestaciones establecidas por el Estado a sus servidores al través de las mencionadas instituciones financiadas con fondos oficiales y contribuciones impuestas a sus afiliados. Tales prestaciones señaladas por las leyes y reglamentos, como los sueldos de los servidores del Estado, son actualmente elemento esencial de la organización de los servicios públicos. "Se fijan —ha dicho la Corte— no en vista de una persona determinada o para un agente público en el momento en que entra al servicio, sino objetivamente, por el buen funcionamiento de éste, por la función, y en consecuencia, para todos los agentes públicos titulares, presentes y futuros, de una determinada función. Forman un **status**, una situación jurídica objetiva, general e impersonal, legal y reglamentaria". "Consecuencias de las relaciones jurídicas del **status** legal y reglamentario del agente público —ha agregado la Corte— son las de que las ventajas personales tocantes con una función pueden ser en todo momento modificadas, reducidas o suprimidas completamente, sin que los titulares puedan oponer ninguna objeción jurídica; y la de que cuando las condiciones legales se han cumplido, el funcionario puede exigir la ventaja personal tal como ella se halla fijada en las leyes y reglamentos". (Sala Plena, sentencia del 28 de febrero de 1946, LX, 8). Siguiendo la misma doctrina de la Corte en la sentencia aludida, debe agregarse: Cuando las condiciones legales para el reconocimiento de determinada prestación no se han llenado, el agente público se halla en una situación legal y reglamentaria; cuando las condiciones legales se han llenado, aquél se encuentra en una situación jurídica individual. Siendo la prestación eventual una situación jurídica objetiva legal, puede ser modificada en el porvenir, en cualquier instante, por la ley, sea en su **quantum**, sea en sus modalidades. Cuando las condiciones legales se han llenado, el funcionario tiene una acreencia propiamente dicha por hallarse colocado en una situación jurídica concreta, individual. Desde que un agente público ha reunido las condiciones preestablecidas y por ende, se ha causado legalmente la prestación a su favor, tiene un **derecho adquirido** que no puede ser desconocido ni vulnerado por leyes posteriores, según lo previsto en el artículo 30 de la Carta. El derecho del agente público es entonces irrevocable en el sentido de que las condiciones para exigir la prestación, las bases para su liquidación, la cuantía y extensión que resultan de las leyes vigentes en tal momento, no podrían ser modificadas en detrimento suyo. Las prestaciones sociales causadas por el cum-

plimiento de los hechos exigidos en la respectiva norma legal, constituyen derechos personales o créditos a cargo de la institución de previsión social correspondiente, los cuales forman parte del patrimonio del titular, y como tales, derechos adquiridos invulnerables. (Sala Plena. Noviembre 23 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161)..596, 1ª y 2ª

— 152 —

DESEMBARGO DE BIENES (Es procedente durante la tramitación del recurso de casación)

La Corte se pronunció sobre la atribución de la Sala Penal para decretar el desembargo de bienes afectos al pago de las indemnizaciones por perjuicios causados a la víctima de un delito, en auto de la misma Sala de fecha 18 de abril de 1952, en el cual se dijo como remate a las razones sustentadas en pro de su competencia lo siguiente: "En consecuencia, los artículos 130 y 703 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el 283 del Judicial, le dan plena competencia a la Corte para desatar el incidente sobre desembargo de bienes dentro del recurso extraordinario. Porque si se puede decretar el desembargo de lo excedente, o de las cosas que no interesan al proceso, "en cualquier estado" de éste, a fortiori, debe levantarse el embargo de todos los bienes cuando éstos fueron indebidamente puestos fuera del comercio por un auto que es contrario a la ley, como ocurre aquí". (G. J. T. LXXI, pág. 796).

En el caso de autos no se trata ciertamente del desembargo de bienes no necesarios a garantizar los derechos de la parte perjudicada con el delito, ni de circunstancias similares a las que motivaron el decretado por la Sala en la providencia de que se hace mérito (exclusión de parte civil en los procesos seguidos ante la jurisdicción penal militar): pero la razón para conceder aquí solicitado es aún más poderosa, e cuanto el inmueble colocado fuera del c mercio, en el juicio que culminó con la se tencia absolutoria recurrida en casación p el señor Fiscal del Tribunal Superior, sali del patrimonio de N. N., uno de los sindica dos en este negocio. (Casación Penal. Octu bre 17 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61). 897, 2

— 153 —

DESISTIMIENTO

El desistimiento de un recurso puede hacerse en cualquier estado del juicio y para que él sea procedente debe sujetarse a los requisitos señalados por la ley (artículo 461 del C. de P. P. (El ejercicio de este derecho como todo acto procesal, se subordina al principio dispositivo de que gozan las partes para adelantar o terminar el incidente o recurso, de acuerdo con los intereses que ellas pretenden hacer efectivos dentro del juicio. Si el titular del derecho o su representante legal debidamente autorizado es quien desiste del recurso, la autoridad competente así debe decretarlo. Máxime cuando en virtud de lo dispuesto en el artículo 170 del Código Judicial, a los Agentes del Ministerio Público "les es lícito desistir de los recursos interpuestos por ellos". (Casación Penal. Octubre 18 de 1955. T. LXXXI. Número 2159) 532, 2ª

— 154 —

DESLINDE (Es una cuestión de hecho)

La Corte ha dicho que "la cuestión de deslinde es cuestión de hecho, y la Corte de casación tiene el deber imprescindible de mantener el señalamiento de los linderos declarados por el Tribunal, mientras no resulte

n error evidente en la apreciación de las ruebas en que se funda tal señalamiento. Casación Civil. Octubre 27 de 1955. Tomo XXXI. Nº 2157).....500, 2ª

— 155 —

DETENCION (Garantías constitucionales de la libertad personal)

En desarrollo de los artículos 23 y 24 de la Constitución, que garantizan la libertad individual, el Código de Procedimiento reglamentó cuidadosamente todo lo relativo a la detención preventiva y a la captura sin previo mandamiento escrito. Y al respecto sentó el principio general de que nadie puede ser detenido provisionalmente sino en virtud de un auto motivado, en que se exprese el hecho punible objeto del proceso, los elementos probatorios allegados sobre la existencia de ese hecho; su calificación legal y la pena que merece; y las pruebas que obran contra el sindicado. (Artículo 383).

Como excepción, el mismo estatuto autorizó la captura sin auto previo sólo en dos casos: a) Cuando el delincuente es sorprendido **in fraganti**; y b) Cuando la aprehensión de los malhechores ha sido públicamente requerida por la autoridad competente. (Artículo 384). (Casación Penal. Agosto 18 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58).....233, 1ª y 2ª

— 156 —

DETENCION ARBITRARIA (Cometida en funcionarios o empleados públicos)

Es cierto que los funcionarios o empleados públicos no pueden ser detenidos mientras no se haya decretado por la autoridad correspondiente y a petición del Juez la suspensión del cargo que desempeñan; pero, para cumplir esta exigencia legal, es necesario e indispensable que el funcionario que decreta la detención conozca previamente esa situación; caso contrario, la disposición no tiene el carácter de obligatoria para el Juez que la profiere.

Cuando en el curso del proceso no se ha demostrado la calidad de funcionario público que pueda tener el sindicado, el auto de detención debe cumplirse. Esa calidad —la de empleado público— puede acreditarse bien sea antes de hacer efectiva la detención o con posterioridad a ella; en el primer caso, lo pertinente es dar aplicación a lo dispuesto por el artículo 392 de la ley procedimental; en el segundo, la detención se hace efectiva, hasta que por los medios legales se demuestre esa calidad. Pero si conocido el hecho, el Juez de la causa o el funcionario solicitan la suspensión del cargo y ésta no se hace efectiva porque el empleado se niega a hacerlo, no incurre el Juez en responsabilidad puesto que él se limitó a adoptar las medidas de orden legal cuyo cumplimiento no le correspondía. (Casación Penal. Agosto 18 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58)..230, 2ª y 231, 1ª

— 157 —

DETENCION ARBITRARIA (Formal y sustancial)

La arbitrariedad o ilegalidad de la detención arbitraria puede ser formal o sustancial. Formal, cuando el funcionario o empleado público priva a alguno de su libertad sin tener competencia para ello o sin cumplir las formalidades que el procedimiento indica para la validez del acto. Sustancialmente, cuando faltan los presupuestos, de hecho y de derecho, que el legislador exige para tomar la medida precautelativa. (Casación Penal. Agosto 18 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58) 233, 1ª

— 158 —

DETENCION ARBITRARIA (Caso en que la providencia que decreta la detención es apelada)

En el presente negocio, la orden de detener a N. N. fue jurídicamente perfecta, porque se dictó como consecuencia del auto de proceder que implica un estudio más hondo y de mayor exigencia legal que el simple auto de detención. Al sindicado se le privó, pues, de su libertad con sujeción estricta al mandato de los artículos 23 de la Carta, 379 y 383 del Código de Procedimiento Penal.

El problema radicó en el cumplimiento inmediato de esa providencia, por cuanto ella estaba apelada y el recurso debía concederse en el efecto suspensivo. Pero como éste es un punto de pura interpretación del Juez, no previsto claramente por la ley, queda sujeto al buen criterio del juzgador, y si éste se equivoca, de ello no es responsable. (Casación Penal. Agosto 18 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58) 233, 2ª

— 159 —

DETENCION Y LIBERTAD DEL PROFUGO (En caso de extradición)

Hay un término para hacer cesar la detención del prófugo cuando la demanda de extradición aún no se ha formalizado (sesenta días en el Decreto 2.200 de 1938 o el de la distancia —que desde luego prevalece— en el Convenio Bolivariano), y existe otro para ordenar la libertad del mismo cuando el Estado requirente no ha dispuesto de él, no obstante haberse concedido la extradición (sesenta días en el Decreto 2.200 o noventa días— término que prevalece— en el Tratado). Ninguno de ellos hace referencia a la presentación de la demanda, que puede efectuarse en cualquier época. Sólo que si ella no se formaliza en la oportunidad debida, encontrándose en detención provisional el reclamado, al punto debe éste recobrar su libertad. (Casación Penal. Agosto 4 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58) ..... 223, 1ª y 2

— 160 —

DIVORCIO

Véase el aparte "Abandono absoluto de los deberes de esposo y padre", en el número 1 de este Indice.

— 161 —

DOCUMENTOS DE DEUDA PUBLICA (La obligación por las empresas de hacer inversiones en estos papeles con destino al fomento de la vivienda, no viola la Constitución)

Si las autoridades de la República están instituídas, entre otras cosas, "para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares" (artículo 16); si el trabajo es obligación social y goza de la especial protección del Estado (artículo 17); si la propiedad privada tiene una función social que implica obligaciones (artículo 30); si el Estado puede intervenir en la explotación de las empresas, entre otros fines, "para dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho" (artículo 32), y al efecto en el país se ha dictado una amplia legislación social en favor de empleados y obreros, y, por último, si al propio Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, corresponde ejercer conforme a las leyes, la inspección necesaria sobre determinadas empresas bancarias y mercantiles (artículo 120, ordinal 15), bien se comprende que la obligación impuesta a las empresas de invertir un porcentaje de

REPUBLICA DE COLOMBIA 1.0 BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

su reserva legal en documentos de deuda pública emitidos por el Estado con el fin social de fomentar la construcción de vivienda popular para los mismos trabajadores, respaldando tal inversión las prestaciones que aquéllas deban a éstos conforme a la legislación laboral, constituye un gravamen que lejos de quebrantar las normas de la Carta, se acomoda cabalmente a los principios aludidos que son fundamento de nuestra organización jurídica. En consecuencia, obligar a una empresa a invertir parte de sus reservas legales en bonos de deuda pública amparados por la fe del Estado y para los fines sociales indicados, no es desconocer la garantía constitucional de la propiedad privada, ni menos confiscar el capital de las empresas. (Sala Plena. Noviembre 22 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161) .586, 2ª y 587, 1ª

— 162 —

DOMINIO (En litigio entre coherederos la hijuela de adjudicación es prueba suficiente del dominio)

Para probar el dominio de los bienes adjudicados en juicio sucesorio es suficiente la hijuela en litigios entre los mismos coherederos o copartícipes, pues es obvio que al derivar de la misma fuente el derecho de las personas ligadas en la controversia, es inoficioso el estudio de las titulaciones demostrativas del dominio del causante común. (V. G. J. número 2159, pág. 502, sentencia de casación de 31 de octubre de 1955). (Casación Civil. Noviembre 30 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161).....671, 2ª

— E —

— 163 —

ELECCION (Es inexequible, por contrario a la Constitución, el sistema del "arrastre" que establece la ley 39 de 1946)

Las disposiciones de la ley 39 de 1946 que establecen el "arrastre" de unos votos por otros y que no se escruten las listas cuyos votos no lleguen a la mitad del cuociente, son inexequibles, por contrarias a la garantía del artículo 171 de la Constitución, que consagra el derecho de los ciudadanos **a elegir. La elección** comprende la votación y el escrutinio. Quiere la Carta que el ciudadano pueda expresar su voluntad libremente por los nombres que sean de su agrado, y que además, consignando su voto, se escrute en forma tal que ese voto juegue en el escrutinio en igualdad de condiciones con los demás. La exclusión de los votos que no alcanzan al medio cuociente, antes del escrutinio, impide que la voluntad del elector se manifieste. La acumulación de los votos de una lista a otra, cambia la voluntad del sufragante. En ambos casos se atenta contra la garantía constitucional consignada en el artículo 171, que reconoce a todos los ciudadanos el derecho **de elegir,** o sea de participar por medio de su voluntad y de su voto en la elección. (Sala Plena. Septiembre 14 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157 a 2158)... 11, 2ª

— 164 —

EMBRIAGUEZ (Como atenuante de la responsabilidad)

Las legislaciones —en términos generales— han concedido a la delincuencia de los ebrios un efecto penal apenas atenuante, cuando a ese estado llegó el infractor sin

otro propósito, es decir, que no acudió al alcohol como estimulante para perpetrar el delito. Y aun cuando algunos tratadistas se han opuesto a que se valore como circunstancia de menor peligrosidad la embriaguez voluntaria de quien delinque bajo su influjo (Ferri la llama escandalosa), es lo cierto que en la mayoría de los códigos penales figura con esa calidad. Así aparece en el vigente estatuto punitivo colombiano (ordinal 5º del artículo 38).

A esa conducta, que constituye un verdadero estado antisocial, no se le ha dado, pues, alcance de eximente de la responsabilidad, ni las reacciones típicas de los ebrios sirven de excusa, porque para que puedan ellos substraerse a las sanciones comunes y sean sujetos a medidas de seguridad, es menester probar que cuando el acto delictuoso se realizó se hallaban en un grado de intoxicación crónica, al tenor de lo dispuesto en el artículo 29 del Código Penal, que prevee situaciones patológicas permanentes, las cuales no pueden confundirse con la inconsciencia o relajación de los frenos psíquicos que generalmente produce la ebriedad aguda, la que si llega a perturbar la mente es sólo en forma transitoria. (Casación Penal. Septiembre 22 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58).....294, 2ª y 295, 1ª

— 165 —

EMBRIAGUEZ (No tiene valor cuando explica la comisión del delito)

Cuando en el veredicto aparece explicado el acto por la simple embriaguez en que se encontraba el delincuente, esa explicación, resulta completamente vana ante la ley, y es como si no se hubiera escrito. (Casación Penal. Septiembre 22 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58).....295, 1ª

— 166 —

EMPLAZAMIENTO (En la acción de la ley 51 de 1943, este sistema logra que la sentencia produzca efectos absolutos)

El imperativo sistema de los emplazamientos —generalizados hoy en el mundo con los mismos objetivos— logra que la sentencia produzca efectos absolutos. Por esto ha visto la Corte en esta acción un consorcio necesario pasivo, al punto de que si no se cita a todos los comuneros, ya personalmente o bien por el sistema expresado, el juez no puede pronunciarse en el fondo (casación de 29 de noviembre de 1954. LXXIX, 156). (Casación Civil. Octubre 31 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159).....514, 2ª

— 167 —

ENEMISTAD GRAVE (Causal de impedimento o recusación)

La jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas decisiones, tanto de lo penal como de lo civil, en el sentido de no aceptar como causal válida que configure el hecho previsto en el numeral 15 del artículo 435 del C. J., y sus concordantes, sino aquella enemistad que proviene de perturbaciones morales o psicológicas capaces de producir animadversión profunda que lleva a quienes la padecen a desearse y provocarse verdaderos males; en otras palabras, debe haber enemistad hija de la ira que es una pasión definida por la doctrina cristiana como "un apetito desordenado de venganza". Raras veces ocurre esta desgracia entre caballeros de formación académica tan seria como la que suponen las nobles disciplinas del foro que en Colombia es antesala de la magistratura o cámara de avezados juristas que se templaron con el ejercicio de la misma. Por lo demás, como herederos de los peninsula-

res hispánicos, somos quisquillosos y fácilmente irritables; pero las pasajeras reacciones de esta procedencia, no se pueden confundir con aquellas desgracias de la verdadera enemistad, sus causas y sus efectos. (Negocios Generales. Octubre 31 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159).....558, 1ª y 2ª

— 168 —

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA (Su desarrollo histórico)

No es de reciente data el principio según el cual se puede repetir lo que enriqueció a otro sin causa o por virtud de causa injusta. Es necesario sin embargo que las primitivas culturas se alejen del sentido materialista anexo a la fórmula jurídica sacramental de que arranca el vínculo obligatorio y que penetre en su organización el influjo vital de las ideas filosóficas, para que se rompan los moldes arcaicos y la voluntad libre y espontánea, llegue a ser el principal elemento en el régimen de las obligaciones. Así es como en el derecho histórico romano la filosofía griega permitió a los jurisconsultos **veteres**, de fines de la república, desprender la norma fundada en la equidad natural que impide el enriquecimiento injusto en detrimento de otro, como principio de tanta importancia y extensión que pudo ser considerado no sólo como perteneciente al derecho civil sino también al derecho de gentes: **Nam hoc natura equum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem.**

Es contrario a la esencia del derecho que alguno retenga cosas en su patrimonio a expensas ajenas, sin causa o por consecuencia de causa injusta. Para restablecer el equilibrio, según el precepto invariable que manda dar a cada uno lo suyo, la jurisprudencia romana se valió de la **condictio**, como acción personal de derecho estricto, fundada en las leyes Silia y Calpurnia, que por ser abstracta y no necesitar, por lo mismo, la indicación de su causa eficiente, tuvo flexibilidad bastante para adaptarse a diversas hipótesis de enriquecimiento injusto, el que, a través de la **condictio sine causa**, como denominación genérica, vino a constituir fuente nueva de obligaciones y a darle vuelo y amplitud al sistema contractual romano, que si no llegó nunca a consagrar la autonomía de la voluntad, alcanzó grandes alturas en materia de pactos y convenciones innominadas.

Al lado del contrato y de los hechos ilícitos, entra al derecho de obligaciones el enriquecimiento sin causa como origen de los principales vínculos jurídicos nacidos **ex variis causarum figuris**, de que habla Gaio. El criterio bizantino tomó de allí la idea poco científica del cuasicontrato, que hizo tránsito al Código Civil francés y al Código Civil colombiano, por donde no aparece en estas legislaciones el texto expreso que define el enriquecimiento injusto y lo erija en general como fuente civil de obligaciones, si bien es cierto que así es mirado por la doctrina y la jurisprudencia, en mérito de que toda la organización del derecho y el sistema de los contratos y obligaciones tiende siempre al fin preciso de evitar que el enriquecimiento injusto se consume. Nunca se han admitido por el derecho figuras eficaces de donde puedan emanar obligaciones que no obedezcan a causa legítima; y a tal punto es respetado ese criterio jurídico fundamental, que su desconocimiento, sin necesidad de texto expreso, sirve de base para sustentar el recurso de casación ante la Corte, por violación de normas sustantivas emanadas directamente de la equidad, cuando sean aplicables a la materia del juzgamiento, o en último término por el quebranto de los artículos 5º y 8º de la Ley 153 de 1887 y 1524 del Código Civil. (Entre otras sentencias de casación: 14 de abril de 1937,

G. J. Tomo XLV, 29; 27 de marzo de 1939. Tomo XLVIII, 128).

Cierto que el vocablo causa es anfibológico y que en materia de enriquecimiento injusto busca referirse al origen del vínculo jurídico, puesto que se trata de una fuente de obligaciones civiles. Pero no es un concepto inseparable de la intención ni de la idea de fin, porque fue así como aquel principio de equidad natural pudo influir en la economía jurídica y ampliar y darle vida al campo de la contratación. Si, en los términos del artículo 1524 del C. C. "no puede haber obligación sin una causa real y lícita" y "se entiende por **causa** el motivo que induce al acto o contrato, y por **causa ilícita** la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público", es indudable que cuando el enriquecimiento y el correlativo empobrecimiento emanan de **un acto**, la existencia o inexistencia de la causa y su legitimidad se encuentran en función del motivo determinante que, en concreto, pusiera en movimiento el querer y obrar del sujeto de derecho.

Ya dentro de la teoría romana de las **condictio sine causa** se transparenta la idea de fin. Así, en la **condictio ob rem dati**, para repetir la cosa que fue dada con el propósito de obtener una contraprestación que no es recibida; **si ob rem datur, re non secuta**, como acción aplicable en los negocios **do ut des** y **do ut facias**. En la **condictio ob causam datorum**, cuando hay un motivo lícito que se impone como carga en el negocio liberal, por ejemplo. En la **condictio causa data, causa non secuta** que, obediente al mismo criterio, llegó a concederse en los negocios **facio ut facias** y **facio ut des**. Bien es cierto que de la prestación cumplida y por su mérito surge el deber jurídico de restituir, mientras no hubo recurso ante la justicia para compeler al cumplimiento de la contraprestación prometida, y por entonces del hecho ejecutado nacía la **condictio** tendiente a evitar el enriquecimiento injusto: se encuentra allí la causa eficiente de la acción, pero ésta no es concedida sin escrutar los fines de quien actuó. Por eso la **datio ob rem, ut aliquid sequatur**, se distinguía muy bien de la **datio ob causam praeteritam**, esto es en razón de un hecho anterior, caso en el cual no había lugar a la **condictio**. Por eso también, y principalmente, eran atendidos los fines en la **condictio ob turpem causam**, cuando algo se recibía por motivos inmorales o ilícitos. Aún en la **condictio indebiti**, concedida en el pago de lo no debido, se tiene en cuenta el ánimo de extinguir una obligación, o sea el fin que mueve la voluntad del **solvens**. Y dentro de la **condictio sine causa** en sentido estricto, del último estado del derecho, no se desdeña la finalidad cuando se da o promete alguna cosa por una causa determinada que no existe **ab initio**, o cuando la causa no llega a producirse, **sine causa non secuta est**, o si deja de existir, **causa finita**.

No es extraño entonces que en el derecho moderno suceda de la misma manera y que la cuestión de fondo sea siempre igual, aunque el genio propio de razas y naciones le imprima determinadas modalidades o características, atinentes más que todo al ángulo visual adoptado por el respectivo legislador. Sea que el Título XXIV, Libro II, del Código Civil alemán trate del "enriquecimiento o adquisición sin causa" y que en su artículo 812 siente el principio general de que estará obligado a restituir quien por una prestación o de cualquier otro modo obtenga una cosa sin causa jurídica y a costa de otra persona; ya se le considere como fuente especial de las obligaciones civiles, como en el Código Suizo; o bien se entienda que no puede haber obligación sin una causa real y lícita, como en el derecho francés o en el colombiano sucede, es lo cierto que en doctrina y en la tarea de dar a cada uno lo que le corresponde, no habrá sistema jurídico al-

guno que no encuentre anómalo el doble efecto de acrecer un patrimonio y empobrecer otro como secuela de un hecho o de una serie de hechos incapaces de sustentar la adquisición de acuerdo con las normas jurídicas, porque entonces el balance no puede ser sino la posición de equilibrio exigida por la justicia, y a ello procede la acción de enriquecimiento sin causa, impropiamente llamada de **in rem verso,** la que no tuvo significado general sino restringido a una sola de las hipótesis de enriquecimiento injusto dentro del sistema de las acciones **adietitiae qualitatis.** (Casación Civil. Diciembre 12 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161)...729, 1ª y 2ª y 730, 1ª y 2ª

— 169 —

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA (Sus elementos constitutivos)

Sobre los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa, ver la sentencia proferida el 19 de noviembre de 1936, cuya parte pertinente se transcribe en el presente fallo. G. J. Tomo XLIV, 474. (Casación Civil. Diciembre 12 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161).....731, 1ª

— 170 —

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA (Condiciones de la acción.—Cuándo es procedente)

El origen histórico de la acción de enriquecimiento sin causa demuestra que se trata de recurso subsidiario concedido por el derecho cuando la legitimación para obrar en juicio no arranca de normas elaboradas en figuras lícitas o ilícitas como causas de obligaciones civiles. Dentro de estas hipótesis, será llamada la respectiva regulación jurídica a tutelar los intereses de las partes, y no directamente el principio general que impide el enriquecimiento injusto. Y así, sólo a falta de tales regulaciones cabe regir la decisión judicial de acuerdo con las previsiones generales del derecho, o por las normas que regulan casos o materias semejantes, en armonía con la equidad como quintaesencia de la buena fe en las relaciones humanas, y por ello mismo procede entender que en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 queda encerrada, como vía subsidiaria, la acción de enriquecimiento injusto, y que la norma se quebranta cuando ese principio es desconocido en la instancia.

Pero es necesario, además, que se reúnan todas las condiciones en que se configura el empobrecimiento como origen de la acción judicial restauradora del equilibrio jurídico. Pues si no lo hubiere, faltará interés en el actor que alegue enriquecimiento del demandado. O si existe el empobrecimiento como consecuencia de una causa jurídica, será legítimo el provecho patrimonial que la otra parte experimente. Y es entendido que la acción ha de surgir siempre en el campo de lo lícito, desde luego que si se persigue la salvaguardia de los dictados del derecho natural, no habrá de ser nunca en contradicción con esos mismos principios del orden jurídico primordial. (Casación Civil. Diciembre 12 de 1955. T. LXXXI. Números 2160 y 2161).....730, 2ª y 731, 1ª

— 171 —

ENTREGA (De cosa incorporal)

"Cuando la sentencia que trata de ejecutarse se refiere a la entrega no de un cuerpo cierto, o de un inmueble determinado por sus linderos precisos, que fuere susceptible de aprehensión material, sino a la entrega de una cosa incorporal, como lo es cierta cuota proindivisa de un terreno común, cuota cuya radicación no puede determinarse respecto de cada comunero sino por efecto de la partición legal del inmueble, la en-

trega ordenada no puede entonces llevarse a efecto materialmente y con empleo de la fuerza. Tal entrega queda efectuada con el registro de la sentencia, que pone al interesado en capacidad de ejecutar los derechos de comunero, uno de los cuales es el de pedir la partición de la comunidad, y entrega material de la porción adjudicada en la división". (Tomo XXXI, pág. 87). (Casación Civil. Septiembre 1º de 1955. T. LXXXI. Números 2157-2158) 111, 1ª

— 172 —

ERROR DE DERECHO (En qué consiste)

Es bien sabido que el sentenciador incurre en error de derecho en la apreciación de las pruebas, cuando les otorga un valor que la ley les asigna, y en virtud de esa falsa estimación que contraría abiertamente los textos legales sobre tarifa de pruebas, viola esas disposiciones, además de las normas legales sustantivas que se refieren al fondo mismo del asunto que se debate en el pleito. (Casación Civil. Agosto 31 de 1955. Tomo LXXXI. Nos. 2157-2158).....88, 2ª

— 173 —

ERROR DE DERECHO (Cuando se alega deben indicarse las disposiciones sobre pruebas violadas)

Si el error de derecho supone necesariamente la violación de preceptos legales sobre pruebas, es preciso, para que el cargo por error de derecho sea viable en casación, que el recurrente diga cuáles son las disposiciones de esa naturaleza que se han violado por el sentenciador. (Casación Civil. Agosto 31 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58) 89, 1ª

— 174 —

ERROR DE HECHO

La mera divergencia conceptual entre el fallador y el recurrente sobre los medios probatorios no generan por sí sola el error de hecho. (Casación Civil. Agosto 26 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-2158)....67, 1ª

— 175 —

ERROR DE HECHO (Donde hay duda no puede haber error manifiesto)

Cuando una cláusula de un contrato puede prestarse a varias interpretaciones razonables, la adopción de cualquiera de ellas por parte del juzgador, no genera error de hecho, puesto que donde hay duda no puede haber error manifiesto. (Casación Civil. Octubre 20 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159)... 452, 2ª

— 176 —

ERROR DE HECHO (Diferente apreciación a que una prueba puede dar origen)

La diferente apreciación a que una prueba pueda dar origen, cuando esa interpretación ha sido hecha razonablemente no constituye, no puede constituir el error de hecho. (Casación Civil. Noviembre 18 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161).....622, 1ª

— 177 —

ERROR DE DERECHO (Artículo 1º del Decreto 243 de 1951)

El artículo 1º del Decreto Legislativo 243 de 1951 no se refiere a los medios de prueba y su valor legal, para efectos de la acusación por error de derecho, sino sólo a la oportu-

nidad de recibir el pleito a pruebas en la segunda instancia. (Casación Civil. Noviembre 30 de 1955. Tomo LXXXI. Nos. 2160 y 2161) 671, 1ª

— 178 —

ERROR DE HECHO (En relación con la apreciación de la falta de la prueba principal del estado civil)

Acerca de la inexistencia de la prueba principal del estado civil, si el sentenciador la consideró acreditada, su juicio al respecto no puede ser revisado en casación sino en razón del error de hecho en que hubiese incurrido al tener como demostrada la falta de la prueba principal, cuando no lo está. (Casación Civil. Diciembre 14 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61) 748, 1ª

— 179 —

ERROR DE HECHO (Es menester indicar las disposiciones violadas con el error en la apreciación de pruebas)

Se repite que en el terreno de los errores en la apreciación de las pruebas, no puede dejar de indicarse las disposiciones legales quebrantadas, de carácter sustantivo tocantes a la acción misma incoada, contra las cuales repercuta sustancialmente el error atinente a la prueba. La doctrina es constante: en el error **de derecho,** en materia de pruebas, no basta la **infracción medio**, es menester probar la infracción final, definitiva y decisiva para casar el fallo, porque puede ocurrir que la violación-medio no conduzca a la violación de la ley sustantiva que configura la acción promovida o la excepción propuesta. Y de la misma manera, en el error de hecho: puede acontecer que no golpee en el fondo sustancial de la acción y entonces habrá sido ineficaz. (Casación Civil. Diciembre 14 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61) 748, 1ª

— 180 —

ERROR DE HECHO (Donde hay duda no puede haber error manifiesto)

Cuando una cláusula de un contrato puede prestarse a varias interpretaciones razonables, la adopción de cualquiera de ellas, no genera error evidente de hecho, puesto que donde hay duda no puede haber error manifiesto en la interpretación. (Casación Civil. Diciembre 15 de 1955. T. LXXXI. Números 2160-61) 772, 1ª

— 181 —

ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO

En cualquiera de los dos casos de error, ya de hecho o de derecho, el sentenciador viola la ley sustantiva en forma indirecta, pues tal violación emana del error en que incurrió cuando investigaba si los hechos del pleito estaban o no probados. (Casación Civil. Septiembre 30 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58) 205, 1ª

— 182 —

ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO

Para que pueda prosperar en casación el ataque por error de hecho, es absolutamente indispensable que ese error, como lo anota la ley, aparezca de manera manifiesta; la sola duda que pueda ofrecerse en la apreciación de hechos que el fallador tuvo como demostrados, no origina, no puede ser fundamento viable para infirmar una sentencia. Y el error de derecho, que consiste, como es sabido, en la discordancia de la apreciación del valor probatorio que el fallador le dé a

una prueba, con el señalado por la respectiva norma legal, precisa que se determine cuál ha sido la norma probatoria que se estime violada. (Casación Civil. Diciembre 15 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61) ..792, 2ª

— 183 —

ESCRUTINIO (Se debe buscar la proporción en que se encuentre cada partido con los puestos por proveer)

En la aplicación de la ley electoral, y previamente a la realización de cualquier escrutinio, se debe buscar la proporción en que se encuentran los sufragios de cada partido con los puestos por proveer, para sujetar a ella los resultados de la elección. (Sala Plena. Septiembre 14 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-2158) 10, 2ª

— 184 —

ESCRUTINIO (Es inadmisible trasladar el voto a personas distintas de las que el elector señaló al sufragar)

Cualquiera que sea el sistema de escrutinio que se aplique en una elección, los votos que no alcanzan a ciertas cifras pierden su poder electivo. La ley electoral que consagra el del cuociente contempla la ineficacia de los votos que no llegan a formar los residuos mayores, que también se reconocen con derecho a recibir puestos o casillas en el escrutinio. Sólo a esto es lícito extender las consecuencias obvias del sistema. Mas es inadmisible, por opuesto a la voluntad del elector, trasladar su voto a personas distintas de las que señaló al sufragar. (Sala Plena. Septiembre 14 de 1955. T. LXXXI. Números 2157-2158) 10, 2ª

— 185 —

ESTADO CIVIL (La confesión no es medio idóneo de prueba en las cuestiones de estado civil)

Como lo proclama la doctrina y la jurisprudencia, generalmente la confesión no es medio idóneo de prueba en las cuestiones de estado civil, porque en esta materia el orden público está de por medio, sin que sea posible modificar por la simple voluntad individual la posición que a una persona le corresponde en sus relaciones de familia. Por eso ha dicho la Corte que "cuando se trata de extremos que se refieren al estado civil de las personas, porque de él se derivan derechos y obligaciones, el asentimiento de la parte no es prueba legal de la constitución del respectivo estado. Esta comprobación se rige por pruebas taxativas y precisas". (Casación, febrero 22 de 1944, LVII, 68; septiembre 18 de 1947, LXIII, 28; agosto 19 de 1954, LXXVIII, 253). (Casación Civil. Agosto 31 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-2158). 84, 2ª

— 186 —

ESTADO CIVIL (Admisibilidad de las pruebas supletorias para acreditar el estado civil de las personas)

El matrimonio se demuestra con la respectiva acta del registro del estado civil, o sea, la copia de la correspondiente partida eclesiástica o civil, según el caso. Según el artículo 395 del Código Civil, hoy reemplazado por el artículo 19 de la Ley 92 de 1938, si falta la prueba principal, puede suplirse ésta en caso necesario: a) por otros documentos auténticos; b) por declaraciones de testigos que hayan presenciado el matrimonio; c) por la posesión notoria del estado civil. El artículo 395 del Código Civil, lo mis-

mo que el 19 de la Ley 92 de 1938 que lo subrogó, dice que "la **falta** de los referidos documentos podrá suplirse en caso necesario" por las pruebas que indica. ¿Qué se ha querido expresar con la palabra **falta**? ¿Cuándo se debe entender que las pruebas principales **faltan**? ¿Cómo debe demostrarse la **falta** de ellas para que sea admisible la prueba supletoria? ¿Será necesario acreditar siempre el motivo que explique la **falta**? Estas cuestiones han sido debatidas en la doctrina y en la jurisprudencia, tanto en Colombia como en Chile que tiene igual reglamentación a la nuestra en este particular. En el estado actual de la doctrina y la jurisprudencia, y con el fin de precisar y fijar el verdadero alcance de ésta, la Sala consagra las siguientes conclusiones: A) Para acreditar el estado civil de las personas son admisibles las pruebas supletorias sólo cuando se comprueba debidamente la falta de las respectivas actas, civiles o eclesiásticas, en los libros del registro; B) La falta de la partida principal debe certificarse por el párroco o funcionario que haya debido sentar el acta correspondiente, o sea, el del lugar donde ocurrió el bautizo o nacimiento, matrimonio, muerte. No basta el certificado expedido por cualquier notario o párroco. C) La falta de la partida principal puede consistir en la pérdida, extravío o destrucción del acta original, o en que el acta respectiva no se haya sentado en el libro correspondiente por omisión del funcionario encargado de llevar el registro del estado civil o por una causa análoga. D) En general, no basta con acreditar la falta de la partida principal en el registro correspondiente, sino que es indispensable justificar la inexistencia del acta original. E) Corresponde a los jueces decidir en cada caso y teniendo en cuenta las circunstancias que se hayan alegado para justificar la falta de la prueba principal, si es admisible o no la prueba supletoria, especialmente cuando ésta es constituída por testigos, exigiendo el mayor rigor en el examen de esta prueba, a fin de que por tal medio no se altere fraudulentamente el estado civil de las personas, cuestión ésta en que se halla de por medio el orden público vinculado a la organización de la familia. (Casación Civil. Octubre 13 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159).....419, 1ª, 420, 2ª y 422, 1ª y 2ª

— 187 —

ESTADO CIVIL (Pruebas consistentes en las copias de las partidas de estado civil que se llevan a juicio tomadas de las que figuran en una actuación civil)

Pueden ser tenidas como pruebas del estado civil las copias expedidas por el Juez que conoce del juicio de sucesión con base en las que obran en este juicio, porque la Corte ha sentado la doctrina de que "son certificaciones auténticas las copias de las partidas de estado civil que se llevan a juicio, no en ejemplar original, sino tomadas de las que figuran en una actuación civil expedidas por el Secretario del Juzgado que custodia el archivo, quien, como tal, les imparte autenticidad". (Casación de 12 de junio de 1928, G. J. Tomo 25, pág. 322). (Casación Civil. Octubre 13 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159).....423, 2ª y 424, 1ª

— 188 —

ESTADO DE SITIO (El Gobierno no puede vulnerar las garantías de la propiedad en uso de estas facultades)

La potestad que tiene el Gobierno para tomar medidas en uso de las facultades que en estado de sitio puede ejercitar, no se extienden a dictar disposiciones que vulneren la garantía dada al derecho de propiedad. (Ver G. J. Tomo LXXVII, número 2140, pág. 329)

(Sala Plena. Noviembre 15 de 1955. Tomo LXXXI. Nos. 2160 y 2161).....575, 2ª

— 189 —

ESTADO DE SITIO (El Presidente de la República no puede derogar las leyes, sino sólo suspenderlas, en ejercicio de esta atribución)

Según el artículo 118, numeral 8º, de la Constitución, "corresponde al Presidente de la República, en relación con el Congreso... dictar en los casos y con las formalidades prescritas en el artículo 121, decretos que tengan fuerza legislativa, que dejarán de regir al restablecerse el orden público". Y conforme al inciso 3º del artículo 121 citado, "el gobierno no puede derogar las leyes por medio de los mencionados decretos. Sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio". De manera que por fuerza de estas normas constitucionales, el Presidente de la República tiene facultades legislativas extraordinarias durante la perturbación declarada del orden público, pero con las limitaciones establecidas en la propia Carta, una de las cuales es la de que el Gobierno sólo puede suspender, no derogar, las leyes contrarias a los decretos legislativos que dicte en ejercicio del artículo 121. La legislación extraordinaria deja de regir al restablecerse el orden público y las leyes ordinarias suspendidas recuperan su plena vigencia. (Sala Plena. Noviembre 23 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161)....594, 2ª y 595, 1ª y 2ª

— 190 —

ESTAFA (Caracteres del delito)

La estafa —forma aguda de criminalidad evolutiva y fraudulenta— se caracteriza por un daño patrimonial ocasionado mediante engaño tendiente a obtener un beneficio indebido para sí o para otro. Es un delito intelectual, de naturaleza proteiforme, dada la variabilidad de los medios artificiosos que pueden ponerse en juego para perjudicar a los demás. Ya decían las Partidas que no es posible contar de cuántas maneras los hombres engañan a los hombres. Este delito —producto de la civilización— ofrece la particularidad de que el delincuente practica su codicia burlando, generalmente, la codicia ajena con sistemas que suscitan en la víctima un estado de optimismo e ilusión respecto de fáciles ganancias. (Casación Penal. Diciembre 16 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61) 917, 2ª

— 191 —

ESTAFA (Elementos de la)

La estafa tiene un proceso sucesivo de hechos que guardan entre sí una relación causal: primero, el empleo de un ardid que mueve el interés del ofendido en el negocio que se le propone; surge luego en la víctima un error determinante; y por último, ella hace la disposición patrimonial en provecho del responsable. Así, el ardid da nacimiento al error, y éste, a su vez, ocasiona la prestación que lesiona al sujeto pasivo. Por lo tanto, ardid, entrega voluntaria de la cosa, perjuicio del engañado y provecho ilegítimo del agente son los elementos necesarios para tipificar la estafa. Tales presupuestos se hallan previstos admirablemente en el artículo 408 del Código Penal, que dice:

"El que induciendo a una persona en error por medio de artificios o engaños, obtenga un provecho ilícito con perjuicio de otro, incurrirá en prisión de uno a siete años y multa de diez a dos mil pesos".

Ardid, equivalente a mañoso, astuto y sagaz. Es comportamiento artero para el logro de algún intento. Se asemeja a una especie

de instigación, en cuanto mueve, persuade y domina la psiquis ajena. Es caminar al través del alma de otro, en orden a conseguir un fin determinado. Y tratándose de la estafa, el ardid es el astuto despliegue de medios engañosos encaminados a convencer al sujeto, creándole un juicio falso, para que haga una concreta prestación que lesiona sus intereses.

Acerca de este primer requisito de la estafa, es universalmente conocida la teoría francesa de la **mise en scéne**, según la cual, el timador debe valerse de artificios materiales, y no de simples palabras, para realizar la infracción contra el patrimonio. Pero hoy la doctrina ha revaluado ese concepto, admitiendo que no es necesaria una gran aparatosidad escénica y que puede bastar la simple mentira del estafador, cuando éste tiene el deber jurídico de decir la verdad, o cuando por las especiales circunstancias del caso y teniendo en cuenta la credibilidad que merece el responsable, la víctima creyó razonablemente en sus asertos, que resultaron pérfidos. En esta materia, no se pueden sentar reglas absolutas, y siempre deben apreciarse la peligrosidad del agente y las condiciones personales del estafado, ya que una de las artes más habilidosas del embaucador es la de escoger a su víctima para explotarla en sus debilidades y pasiones. El criterio para juzgar la idoneidad del ardid es, pues, relativo.

Otro de los elementos sustanciales de la estafa es el **error**, o sea la representación equivocada que se tiene sobre una cosa. Pero debe ser un error esencial y determinante de la voluntad, que provenga de la falsa creencia suscitada por el ardid, de tal manera que sin ese error, la víctima jamás hubiera entregado el objeto que persigue el autor de la estafa. (Casación Penal. Diciembre 16 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61). 917, 2ª y 918, 1ª

— 192 —

ESTAFA (La actividad inmoral o antijurídica de la víctima no excluye la configuración del delito)

Una interesante cuestión que surge en el delito de estafa, es la de saber si tal ilícito subsiste cuando el engañado actúa con fines inmorales o antijurídicos, y en ese empeño, se le causa un perjuicio.

Carrara niega rotundamente la estafa en dicha hipótesis, porque —dice— "la víctima del delito es más execrable que quien la engañó". Y pone algunos ejemplos: el de la mujer que ha ido a la casa de la hechicera, a fin de que le diese un filtro para hacer morir a su propio marido. La hechicera le cobró una buena suma de dinero, pero le dio una bebida inocente; y el del rico malvado que prometía mil escudos al que matase a su enemigo. Un malandrín desesperado aceptó la oferta, prometió matar, dio a entender que había matado y cobró el dinero.

Sin embargo, la tesis del maestro de Pisa no tiene hoy aceptación, porque en el campo represivo y de la defensa social, la inmoralidad de la víctima no es causa de justificación de la conducta del delincuente, si lo hecho por éste reúne todos los requisitos de un delito. En este sentido, no hay compensación de dolos ni de culpas en la recíproca actividad de los sujetos de la acción criminosa. Por eso, cuando Pedro aceptó dinero de Juan para matar a Diego, lo recibió y le dio muerte a éste, los dos primeros sujetos son responsables de homicidio agravado. Pero si Pedro, mediante engañosas promesas a Juan de cometer ese delito, obtuvo el dinero, se quedó con él y no cumplió —como era su propósito— la oferta de eliminar a Diego, es claro que consumó una estafa, a pesar de que la víctima de ésta

obró con la más repugnante intención al procurar el asesinato de Diego.

Aplicando esta última tesis al caso subjudice, se tiene: el hecho de que N. N. celebrara una negociación delictuosa con los procesados, como fue la compra de billetes falsos, no desnaturalizaría el delito de estafa, si en ese contrato ilícito el comprador hubiese sido engañado y puesto en error para perjudicarlo en sus intereses económicos. Tal ocurriría por ejemplo, en el caso de que la oferta hubiera sido de billetes muy bien confeccionados y semejantes a los de cirulación legítima; y, al hacerle la entrega, le hubiera dado otros de pésima fabricación, sin posibilidad alguna, por lo mismo, para ser aceptados en las relaciones sociales y del comercio. Pero si los acusados le plantearon francamente a N. N., sin ningún engaño, la venta de los billetes falsificados y él aceptó ese negocio, a sabiendas de la falsedad de los billetes que iba a comprar, no se ve en dónde puedan concurrir el ardid y el error, que son elementos esenciales de la estafa. (Casación Penal. Diciembre 16 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61) .....918, 2ª y 919, 1ª y 2ª

— 193 —

EXCEPCION (En qué consiste su alegación)

Proponer una excepción es simplemente expresar el hecho o hechos que la constituyen sin que para el efecto se requieran fórmulas sacramentales. (Casación Civil. Diciembre 9 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161) 715, 1ª

— 194 —

EXCEPCION (Cuándo faltan las condiciones de la acción)

La excepción supone que por su virtud extintiva llegue a ser ineficaz la acción deducida en juicio. Pero cuando la acción en sí misma no tiene existencia, por sustracción de materia desaparece el campo donde la excepción pudiese actuar. De modo que, jurídicamente, cuando faltan las condiciones de la acción, el actor carece de titularidad y el demandado debe ser absuelto aunque no haya propuesto excepción de ninguna clase. Y la misma situación se contempla cuando las excepciones no tienen mérito: ello equivale, ciertamente, a que no hubieran sido invocadas jamás. (Casación Civil. Diciembre 12 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161).. 723, 2ª

— 195 —

EXCEPCION DE PRESCRIPCION (Si se propone en segunda instancia, cambia la situación procesal contemplada en el fallo de primer grado)

De conformidad con el artículo 341 del Código Judicial, la excepción perentoria de prescripción puede proponerse en cualquiera de las instancias del juicio hasta la citación para sentencia, de tal manera que, en la segunda instancia, puede cambiar, por este aspecto, la situación procesal contemplada en el fallo de primer grado. De aquí se infiere que, no alegada la prescripción en la primera instancia, el fallo que en ésta se dicte, reconociéndola, es ilegal; no así el de segunda instancia que lo confirme, si en ésta aparece propuesta la referida excepción. (Casación Civil. Diciembre 9 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161).....715, 1ª

— 196 —

EXPROPIACION (Las garantías constitucionales a la propiedad no son obstáculo para la realización de obras públicas)

La garantía de la propiedad que la Constitución consagra no significa un obstáculo a la realización de toda clase de obras de interés público o social; el propio artículo establece que la propiedad tiene una función social que implica obligaciones y, sobre todo, que las expropiaciones pueden realizarse por motivos de utilidad pública o de interés social, siempre y cuando que se defina por la ley, que se decreten por sentencia judicial y que de antemano se indemnice a los propietarios, circunstancias que no implican procedimientos largos o dispendiosos. (Sala Plena. Noviembre 15 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161).....574, 2ª

— 197 —

EXPROPIACION (Es inexequible la disposición que decreta un gravamen como compensación al beneficio que recibe el terreno de la obra, pues no siempre habrá un perfecto equilibrio entre el daño y el beneficio)

El artículo 5º del decreto legislativo número 2770 de 23 de octubre de 1953, viola el artículo 30 de la Constitución, que garantiza la propiedad privada, la que se conculca en forma evidente por el medio de tener como indemnizados a los propietarios, por la privación de sus tierras, con el beneficio que pueden derivar de la ocupación de las mismas.

En efecto, en uno de los incisos del artículo 30 de la Carta, se establece que "por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, **mediante sentencia judicial e indemnización previa**".

El texto del artículo 5º del decreto acusado dice: "Por el beneficio que el ferrocarril del valle del río Magdalena implica a los inmuebles que atraviesa, se establece como compensación, un gravamen equivalente al valor de los terrenos necesarios para las zonas de la vía y para las instalaciones a que se refiere el parágrafo del artículo 3º de este decreto".

Ahora bien, no puede afirmarse que, en todo caso, el valor de las zonas ocupadas por la vía se compense matemáticamente con el solo paso del ferrocarril por las tierras aledañas: ocurrencias habrá en que la tierra valga más que el beneficio, como habrá otra en que el beneficio sea superior al precio de la tierra, pero será verdaderamente fenomenal la de una perfecta equivalencia entre el daño y el beneficio. (Sala Plena. Noviembre 15 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161). 574, 1ª y 2ª

— 198 —

EXPROPIACION (Sentencia de 20 de junio de 1955)

En la sentencia de Sala Plena de fecha 20 de junio de 1955, no se trata de procedimiento alguno para los casos en que los particulares se vean obligados a la defensa de su derecho de propiedad, por ocupación de facto por el Estado con motivo de trabajos públicos. (Negocios Generales. Septiembre 21 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58)..339, 2ª

— 199 —

EXTINCION DE LA ACCION Y CONDENA PENALES (Por muerte del procesado)

La muerte del procesado está erigida por la ley como uno de los medios de extinguir la acción o la condena penal. Si las penas privativas de la libertad tienen el carácter

de absolutamente personales, es natural que la muerte del procesado o condenado extinga la acción o la condena por falta de sujeto sobre el cual deben recaer. Desaparecida una de las personas que constituye la relación jurídico-penal del proceso, el Estado no puede hacer efectiva ni la acción ni la condena por ausencia absoluta de sujeto pasivo de la misma. (Casación Penal. Noviembre 22 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160-61)..826, 2ª

— 200 —

EXTRADICION (En el caso del Tratado Bolivariano se requiere un simple auto de detención)

Tanto el ordinal b) del artículo 709 del Código de Procedimiento Penal como el ordinal a) del artículo 1º del Decreto 2200 exigen, para que pueda concederse la extradición, que contra el individuo reclamado se haya proferido en el Exterior "auto de proceder o su equivalente".

Más severo en este particular que las leyes colombianas, el Tratado consideró suficiente a esa finalidad el pronunciamiento de un simple auto de detención. Allí se dijo, en lo pertinente:

"Artículo VIII.—La solicitud de extradición deberá estar acompañada de la sentencia condenatoria si el prófugo hubiere sido juzgado y condenado; o del auto de detención dictado por el Tribunal competente, con la designación exacta del delito o crimen que lo motivaren, y de la fecha de su perpetración, así como de las declaraciones u otras pruebas en virtud de las cuales se hubiere dictado dicho auto, caso de que el fugitivo sólo estuviere procesado.

"Estos documentos se presentarán originales o en copia, debidamente autenticada".

No se trata aquí de un individuo sentenciado o llamado a juicio, sino de un sindicado. (Casación Penal. Agosto 4 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58).....223, 2ª

— 201 —

EXTRADICION (Entre países firmantes del Tratado Bolivariano de 1911)

Preceptúa el Título II de la Constitución Nacional —con excepciones que no vienen al caso— que "Los extranjeros disfrutarán en Colombia **de los mismos derechos civiles que se concedan a los colombianos**" (artículo 11); y en el Título III "De los Derechos y Garantías Sociales" se dispone que "**nadie podrá ser molestado en su persona, familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes...**". (Artículo 23).

No otros fueron los derechos que los signatarios del Acuerdo de Caracas se propusieron proteger al estipular que toda solicitud de extradición de un procesado debería estar acompañada del correspondiente auto de detención, dictado con las formalidades prescritas en el artículo VIII; y la Corte violaría por igual las citadas normas constitucionales y la concordante del Tratado si conceptuara favorablemente a la entrega de un prófugo sin que obre en el expediente, original o en copia debidamente autenticada, la referida providencia, o sin que ésta reúna los requisitos de procedimiento que garantizan el ejercicio legítimo de las libertades individuales. Porque la situación jurídica de los ciudadanos extranjeros que un Estado reclama bajo la imputación de un delito cometido dentro de los límites de su jurisdicción, es virtualmente la misma de los nacionales del Estado requerido perseguidos por su propia justicia: ni éstos pueden ser detenidos con pretermisión de las formas le-

gales, ni aquéllos entregados al Estado requirente sin que la solicitud de extradición se conforme a las estipulaciones de los tratados públicos o, si éstos no existen, a las leyes del país en que el asilado se encuentra. (Casación Penal. Agosto 4 de 1955. Tomo LXXXI. Nos. 2157-58).....225, 2ª y 226, 1ª y 2ª

— F —

— 202 —

FACULTADES EXTRAORDINARIAS CONCEDIDAS POR EL CONGRESO (Naturaleza y fuerza de los Decretos dictados por el gobierno en uso de estas facultades)

Sobre la naturaleza y la fuerza de los decretos expedidos por el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias de conformidad con el num. 12 del artículo 76 de la Constitución, ha dicho la Corte que "estos decretos han de dictarse dentro del límite de las facultades concedidas, pero se acepta que tienen el carácter, la fuerza y la virtualidad de las leyes. Por ellos pueden reformarse, suspenderse y aun derogarse las leyes existentes que se opongan a los fines para los cuales se concedieron las facultades extraordinarias: no necesitan llevar las firmas de todos los Ministros, sino del Presidente y la del Ministro o los Ministros que representen el ramo correspondiente, y rigen hasta cuando el Congreso, o el Gobierno, en uso de nuevas facultades extraordinarias, las modifiquen, suspendan o deroguen. Consideran los tratadistas que en este caso, más que una delegación de funciones, el Congreso, mediante expresa autorización constitucional, amplía las funciones del órgano Ejecutivo, o le atribuye una competencia que sin las facultades extraordinarias no tendría". (Sala Plena, abril 21 de 1941, LI, 25; marzo 13 de 1941, L. 694 y 695; febrero 24 de 1955, LXXIX, .18). (Sala Plena. Noviembre 22 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161).586, 1ª

— 203 —

FALLOS JUDICIALES

En providencia de 27 de septiembre de 1948 expresó la Corte: "las providencias judiciales no son discusiones académicas o exposiciones de carácter doctrinario y didáctico y, por consiguiente, las doctrinas que en ellos se sustentan o los considerandos jurídicos que en las mismas se hagan sólo deben servir de base para fundar las decisiones de la parte resolutiva, es decir, esas doctrinas y considerandos deben ser tan sólo parte integrante de la motivación del auto o sentencia, y nada más".

Desde luego, no hay disposición constitucional ni legal que prohiba hacer en una sentencia toda clase de lucubraciones relacionadas con el problema que se contempla, pero el espíritu de los preceptos que señalan la forma y contenido de los fallos indica que éstos no deben salirse de los límites que su naturaleza misma impone. La misión de los jueces no es la de sentar cátedra de doctrinas, sina la de resolver las cuestiones sometidas a su estudio, de acuerdo con la constitución y las leyes. Es obvio que, al sentar las premisas de sus decisiones, tienen que exponer doctrinas y, así, al llenar su misión esencial, cumplen esa jurisprudencial y de magisterio que se reclama. (Sala Plena. Diciembre 9 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) 602, 1ª

— 204 —

FECHA PRESUNTIVA DE LA MUERTE DE UN DESAPARECIDO (Efectos de la sentencia que la fija)

La sentencia que fija la fecha presuntiva

de la muerte de un desaparecido tiene efecto retroactivo para las finalidades señaladas en la ley; pero ese efecto no puede ser absoluto y para todo el mundo. (Casación Civil. Octubre 3 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159)

368, 2ª

— 205 —

FILIACION LEGITIMA (Los hechos que constituyen jurídicamente la filiación legítima y su prueba)

Quien invoca su condición de hijo legítimo para reclamar algún derecho anexo a ese estado civil afirma implícitamente estos hechos: a) que ha sido dado a luz por determinada mujer, o sea, la relación materno-filial; b) que su madre se hallaba casada; c) que su concepción ocurrió dentro del matrimonio; d) que fue engendrado por el marido de su madre, o sea, la relación paterno-filial. Estos cuatro hechos constituyen jurídicamente la filiación legítima. Para que exista el correspondiente estado civil, todos ellos deben estar perfectamente comprobados. El hecho de la maternidad se puede establecer con prueba directa y positiva. El parto y la identidad de la criatura, fruto del alumbramiento, pueden acreditarse con declaraciones de testigos que hayan presenciado el nacimiento y conocido al hijo desde pequeño. Para la demostración de la maternidad se emplea normalmente la respectiva partida del registro del estado civil sobre el nacimiento, en donde se declara el nombre de la madre. El hecho del matrimonio de la madre se puede acreditar también con prueba directa y positiva, por medio de las actas del registro del estado civil o por medio de las pruebas supletorias. Pero los otros dos hechos, concepción durante el matrimonio y procreación por el marido, en razón de su propia naturaleza no son susceptibles de prueba directa y positiva. Sólo pueden comprobarse indirectamente al través de presunciones. Para establecer la concepción durante el matrimonio se acude a la presunción de derecho (JURIS ET DE JURE) consagrada en el artículo 92 del Código Civil, conforme a la cual de la época del nacimiento se infiere la de la concepción, según la regla de que ésta no puede precederlo menos de ciento ochenta días ni más de trescientos. El hecho de la paternidad resulta de la presunción legal (JURIS TANTUM) establecida en el artículo 214 del Código Civil, la cual se expresa desde el derecho romano en el conocido aforismo: PATER IS EST QUEM NUPTIAE DEMONSTRANT, o sea, el hijo concebido durante el matrimonio "tiene por padre al marido". Esta presunción es simplemente legal, porque admite prueba en contrario. Pero en cuanto a los hechos que pueden alegarse en contra de la presunción para destruírla, y en cuanto a las personas a quienes se permite atacarla, la ley establece determinadas restricciones. (Casación Civil. Octubre 13 de 1955. T. LXXXI Nº 2159)

418, 1ª y 2ª

— 206 —

FILIACION LEGITIMA (Impugnación)

La legitimidad de un hijo puede ser impugnada de tres maneras: a) negando la existencia del matrimonio; b) disputando la maternidad que se atribuye a la mujer casada; c) desconociendo la paternidad que se atribuye al marido de la madre. En consecuencia, la acción encaminada a desconocer el estado de hijo legítimo, a una persona que se halle en posesión de él, puede referirse a cualquiera de los elementos que constituyen la filiación legítima. La acción de impugnación de la legitimidad que tiene por objeto destruír la presunción de paternidad, está sometida a reglas especialmente estrictas consagradas en el Título 10 del Libro 1º del Código Civil. Como es obvio, la impugnación de la legitimidad por tal concepto, supone

reunidas las dos condiciones que sirven de base a la presunción, a saber: el matrimonio y la concepción dentro de éste. Cuando se impugna la filiación legítima disputando la maternidad, las normas aplicables que regulan la acción se encuentran en el Título 18 del Libro 1º del Código Civil. La controversia suscitada sobre la filiación legítima de una persona porque se desconozca la existencia del matrimonio de sus padres, es cuestión atinente a la comprobación del matrimonio, que debe resolverse conforme a las reglas del Título XX del Libro 1º del Código Civil sobre las pruebas del estado civil. En consecuencia, las acciones de impugnación de la filiación legítima, según que se desconozca la paternidad o la maternidad o el matrimonio, tienen fundamentos diversos y reglamentación distinta en la ley. (Casación Civil. Octubre 13 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159) ... . 418, 2ª y 419, 1ª

— 207 —

FILIACION LEGITIMA (Impugnación de la paternidad).

La acción de desconocimiento de la paternidad mientras viva el marido, sólo corresponde a éste (C. C., artículo 216). Muerto el marido, el ejercicio de tal acción corresponde a cualquier persona que tenga interés en ello (artículos 219 y siguientes). La presunción de paternidad sólo puede destruírse en caso de absoluta imposibilidad física del marido durante el período de concepción (artículo 214, inciso 2º), o en caso de adulterio acompañado de ciertas circunstancias (artículo 215), y en caso de abandono de la mujer del domicilio conyugal (Ley 95 de 1890, artículo 6º). La acción de desconocimiento de la paternidad sólo puede ser promovida dentro de los plazos cortos señalados en la ley (artículos 217 y siguientes). Cuando la acción de impugnación de la legitimidad se presenta no con referencia a la paternidad, sino con el fundamento de que los padres no han estado casados, no se aplican las reglas del Capítulo 1º del Título 10 del Libro 1º del Código Civil. En consecuencia, la acción puede promoverse aún en vida del padre, por cualquier interesado y en cualquier tiempo. Y en ella la controversia se limita a la comprobación del matrimonio de los padres del hijo cuya legitimidad se desconoce. (Casación Civil. Octubre 13 de 1955 T. LXXXI. Nº 2159) ... . 419, 1ª y 2ª

— 208 —

FILIACION LEGITIMA (Cómo se acredita el estado civil de hijo legítimo)

Para acreditar el estado civil de hijo legítimo, debe presentarse la partida de matrimonio de los padres, y la de nacimiento que demuestre que éste ha sido concebido durante el matrimonio en virtud de la presunción del artículo 92 del Código Civil. Aun cuando en la partida de nacimiento se declare que el hijo es legítimo de tales padres, ese documento no basta por sí solo para probar la legitimidad, porque puede haberse inscrito como legítimo al hijo de padres que no se hallan casados. Basándose el estado civil de hijo legítimo sobre dos hechos de rigurosa existencia jurídica, o sea, matrimonio de los padres y concepción del hijo dentro del matrimonio, no puede prescindirse de la prueba de éste y dar por existente la filiación legítima con la sola partida de nacimiento que al demostrar éste no acredita aquélla. (Casación Civil. Octubre 13 de 1955 T. LXXXI. Nº 2159) 419, 2ª

— 209 —

FILIACION NATURAL (Apreciación de la prueba de la posesión notoria)

De acuerdo con los artículos 7º de la Ley 45 de 1936 y 399 del C. C., la posesión no-

toria del estado civil de hijo natural debe probarse por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable, todo lo cual significa que para demostrar los hechos que constituyen esa posesión no basta simplemente el dicho de dos testigos hábiles que forman plena prueba según la regla general del artículo 697 del C. J. Al juez corresponde apreciar las calidades especiales de los testigos para aceptarlos como FIDEDIGNOS y determinar si en su sentir se ha establecido la posesión de MODO IRREFRAGABLE. No puede la Corte revisar en casación este juicio de los juzgadores de instancia, a cuya sabiduría y prudente criterio deja la ley la apreciación de aquellas especiales circunstancias que en estos casos debe reunir la prueba testimonial. (Casación Civil. Agosto 27 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-2158) 75, 1ª

— 210 —

FILIACION NATURAL (Posesión notoria del estado de hijo)

Dice el artículo 6º de la Ley 45 de 1936 que la posesión notoria del estado de hijo natural consiste en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general, lo haya reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento. El tratamiento de hijo en tales condiciones, durante diez años, conformado por la fama es, pues, lo que la ley consagra como circunstancia que dá base para dar por acreditada la posesión notoria del estado de hijo natural, sin que sea necesario que el padre le haya dado al hijo su apellido, ni le haya dado el consentimiento para el matrimonio, como aquí se alega. (Casación Civil. Septiembre 5 de 1955. T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) 123, 1ª

— 211 —

FILIACION NATURAL (Prueba de la posesión notoria del estado civil de hijo natural)

La Corte ha sostenido a propósito de la causal de paternidad natural consagrada en el ordinal 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936: A) El tratamiento y la fama, que son los elementos constitutivos de la posesión notoria, deben asentarse en el hecho de que el supuesto progenitor proveyó o ha proveído, con tal carácter, a estos tres objetivos, en favor del hijo: a) a su subsistencia; b) a su educación; c) a su establecimiento. (art. 6º). De donde se desprende que cualesquiera otras manifestaciones distintas, admisibles como indicativas de vinculaciones familiares entre tales sujetos, pueden servir para corroborar el tratamiento jurídico contemplado por la ley para el efecto expresado, pero jamás lo suplen; B) Al decir del artículo 399 del Código Civil —aplicable a la filiación natural por virtud del artículo 7º de la Ley 45 de 1936— que la posesión notoria del estado civil se probará por un CONJUNTO de testimonios FIDEDIGNOS, "que la establezcan de un modo IRREFRAGABLE", sentó en la materia un régimen probatorio riguroso en extremo, implicativo de un número de testigos superior a dos, fehacientes sin lugar a duda, cuyas declaraciones —responsivas, exactas y completas, como deben serlo— sean "incontrastable" (que a tanto equivale el vocablo "irrefragable"), por la coincidencia en las circunstancias de lugar, tiempo y modo que en ellas se expongan y por las explicaciones acerca de la manera como los testigos percibieron el hecho declarado; C) Respecto de la parte final del artículo 6º de la Ley 45, o sea, la circunstancia exigida por esa norma consistente en que los deudos y amigos del pretenso padre hayan reputado a una persona como hija de él, estima la Corte que debe interpretarse y

aplicarse en la misma forma como la jurisprudencia y la doctrina han interpretado y aplicado la última parte del artículo 397 del Código Civil, o sea, que no basta la estimación ni la expresión conceptual de los testigos al respecto, sino que es necesario que ella esté respaldada por los hechos, educación, sostenimiento y establecimiento del pretendido hijo. La apreciación de los testigos al respecto, no es por sí sola la prueba de ese estado sino que debe ser la deducción, en virtud de los hechos positivos, sostenimiento, educación y establecimiento, presenciados por esos mismos testigos; D) Refiriéndose a la prueba de la posesión notoria del estado civil, el rigor interpretativo se explica por tratarse de cuestión tan delicada y atañedera al orden público interno, como lo es el estado civil de las personas. Y debe ser aún más estricto cuando se trata de la filiación natural, porque entonces no existe la presunción legal que ampara a los hijos de matrimonio legítimo (PATER IS EST QUEM NUPTIAE DEMONSTRANT) y porque cualquiera de los hechos a que se refiere el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, más sirve para investigar la paternidad natural, haciendo admisible la demanda, que para fundar forzosamente la declaración judicial (Casación: octubre 16 de 1943, LVI, 206; abril 21 de 1954, LXXVII, 402; septiembre 14 de 1954, LXXVIII, 500). (Casación Civil. Septiembre 22 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58) .. .. 142, 1ª y 2ª

— 212 —

FILIACION NATURAL (**Apreciación de los testimonios por el juzgador de instancia en la demostración de la posesión notoria del estado de hijo natural**)

Si el Tribunal no encontró en las declaraciones allegadas a los autos y analizadas en el fallo recurrido, el conjunto de testimonios fidedignos que establezcan de manera irrefragable los hechos estrictos y precisos que la ley señala como constitutivos de la posesión notoria del estado civil de hijo natural reclamado por el demandante, tal juicio del sentenciador de instancia sobre las condiciones personales de los testigos, sobre el fundamento de sus deposiciones y la fuerza de convicción, es intocable en casación, no apareciendo demostrado un flagrante y ostensible error de hecho en la apreciación de esos testimonios. (Casación Civil. Septiembre 22 de 1955 T. LXXXI. Nos. 2157-58) .. 143, 1ª

— 213 —

FILIACION NATURAL (**El reconocimiento de un hijo natural es un acto jurídico de derecho familiar, y no un simple medio de prueba**)

Después de la Ley 45 de 1936, en Colombia se adquiere el estado civil de hijo natural con respecto al padre, bien por reconocimiento expreso de éste, o bien por sentencia judicial que así lo declare. El reconocimiento de paternidad natural respecto de una persona es un "acto libre y voluntario del padre" (Ley 153 de 1887, artículo 55). Por medio de tal acto una persona hace constar el vínculo de paternidad preexistente biológicamente.

En Colombia la doctrina y la jurisprudencia han considerado el reconocimiento de hijo natural, bien como un simple medio de prueba (RECONOCIMIENTO - CONFESION), o bien como un negocio jurídico de derecho familiar (RECONOCIMIENTO - ADMISION). En fallo de reciente data la Corte se ha inclinado hacia esta última doctrina (Casación: febrero 17 de 1948, LXIII, 685). El reconocimiento de hijo natural "es declarativo, en tanto no constituye un medio de prueba sino un negocio jurídico en cuya virtud se establece el vínculo familiar sobre bases preexistentes, puestas en evi-

dencia jurídica por medio del reconocimiento; por eso algunos autores lo señalan como acto-admisión, no como un acto-confesión, circunstancia que en nuestro derecho se destaca en el texto del artículo 1º de la Ley 45 de 1936, armonizado especialmente con el 4º ibidem".

Dentro del estado actual de nuestra legislación y en el concepto moderno de la doctrina, se reitera la anterior jurisprudencia de la Corte y se afirma que el reconocimiento de hijo natural es un acto jurídico de derecho familiar, por medio del cual una persona declara cierta la relación paterno-filial respecto de otra, en cualquiera de las siguientes formas: a) en el acto de nacimiento del hijo reconocido, firmándola el padre; b) en escritura pública; c) en testamento; d) en manifestación expresa y directa hecha ante un juez, aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y primordial del acto que lo contiene (Ley 45 de 1936, artículos 1º y 2º). El reconocimiento, como dice Messineo, es una constancia o declaración certificativa, de derecho sustancial no meramente probatorio. Por medio de él, la relación de hecho (paternidad biológica) se transforma en relación de derecho (paternidad reconocida), fijándose el estado civil correspondiente con los derechos y obligaciones anexos de orden patrimonial y extrapatrimonial. Como acto jurídico de derecho familiar, no contractual, trasciende al reconocimiento el concepto de orden público que allí predomina. (Casación Civil. Septiembre 22 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58) 144, 1ª y 147, 1ª y 2ª

— 214 —

FILIACION NATURAL (**Nulidad absoluta del reconocimiento de un hijo natural por demencia del reconocedor**)

No apareciendo de manifiesto en la propia escritura el reconocimiento de hijo natural, la nulidad absoluta consistente en la demencia del reconocedor, para la demostración de la cual tiene que acudirse a otras pruebas distintas del propio acto notarial, no puede declararse oficiosamente por el juez. Pero el Ministerio Público sí puede demandarla "en el interés de la moral y de la ley". (Casación Civil. Septiembre 22 de 1955. T. LXXXI Nos. 2157 - 2158) 148, 2ª

— 215 —

FILIACION NATURAL (**El reconocimiento de un hijo natural, como acto jurídico, puede ser invalidado por las mismas causas que anulan todos los actos jurídicos. - Quiénes pueden impugnar el reconocimiento**)

Aplicando las normas del Título 20 del Libro 4º del Código Civil, el reconocimiento de un hijo natural, como acto jurídico, puede ser invalidado por las mismas causas que anulan todos los actos jurídicos, bien por falta de los requisitos de fondo, bien por omisión de las formalidades necesarias para su validez: los primeros se refieren a la capacidad legal y al consentimiento del padre que reconoce, y las últimas a las solemnidades del acto (partida de nacimiento, escritura pública, testamento, declaración ante juez). El reconocimiento puede ser absoluta o relativamente nulo. Así, el reconocimiento hecho por un demente es absolutamente nulo; el reconocimiento cumplido por fuerza o dolo, es relativamente nulo. Así mismo, la nulidad absoluta de un reconocimiento "puede y debe ser declarada por el juez aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral y de la ley" (Ley 50 de 1936, art. 2º).

Siendo el reconocimiento un negocio jurídico de derecho familiar, la nulidad absoluta

puede atacarse por una persona distinta de su autor y sus herederos, con un simple interés moral procedente de su vinculación próxima a la familia del supuesto autor del reconocimiento: padres e hijos del reconocedor.

Por otra parte, siendo el reconocimiento una declaración certificativa por medio de la cual se fija un estado civil con fundamento en el hecho de la procreación, el acto puede repudiarse por el hijo, conforme al artículo 57 de la Ley 153 de 1887, o bien impugnarse por cualquiera que tenga interés actual en ello, interés económico o moral, demostrando que el reconocido no ha podido tener por padre al reconocedor, según el artículo 58 de la ley 153 de 1887. Son interesados para impugnar el reconocimiento, además del propio hijo, sus verdaderos padres, los parientes próximos del autor del reconocimiento (padres e hijos) y los terceros a quienes este acto perjudique, como por ejemplo, los donatarios y legatarios expuestos a una demanda de reducción. Es indudable que basta un simple interés moral, como lo ha aceptado la doctrina y jurisprudencia francesa. (Casación Civil. Septiembre 22 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58)...147, 2ª y 148, 1ª y 2ª

— 216 —

FILIACION NATURAL Y PETICION DE HERENCIA (Prueba de la calidad de herederos cuando la acción es dirigida contra éstos)

Conforme a la doctrina sustentada por la Corte, en las acciones sobre reclamación de estado de hijo natural, cuanto a la paternidad se refiere, solamente es legítimo contradictor el padre mientras éste viva, caso en el cual la sentencia que se dicte produce efectos ERGA OMNES. Muerto el presunto padre, las acciones pueden incoarse contra quienes jurídicamente son continuadores de la persona del DE CUJUS, o sea, sus herederos AB INTESTATO o testamentarios, parientes o extraños, caso en el cual el fallo respectivo produce efectos relativos, sólo entre las partes. De consiguiente, cuando el hijo natural ejercita conjuntamente la acción de estado y la acción de petición de herencia para que se declare la paternidad del DE CUJUS, y se le reconozcan sus derechos a la sucesión en frente del heredero aparente, corresponde al actor comprobar la legitimación de la persona demandada en el juicio, como presupuesto de las acciones referidas, o sea, la calidad de heredero aparente del presunto padre natural. La prueba de tal calidad puede hallarse, según los casos, en las actas de registro del estado civil que establezcan el parentesco entre el finado padre natural y el heredero demandado, de las cuales aparezca la vocación hereditaria conforme a las reglas de la sucesión intestada; o en el testamento del presunto padre natural en que éste instituye asignatario universal al demandado, o en el reconocimiento judicial de heredero, proferido en el juicio de sucesión con base en las actas o en el testamento. La confesión del demandado no es prueba idónea para acreditar su condición de heredero, ya que ésta se relaciona con hechos que deben constar en documentos públicos. Pero esto no significa que sólo pueda comprobarse con las actas del registro del estado civil. (Casación Civil. Octubre 7 de 1955. T. LXXXI Nº 2159) 393, 1ª y 2ª

— 217 —

FILIACION NATURAL (Hechos de la demanda inicial)

Si los hechos de la demanda inicial, como en el presente caso sucede, no contemplan todos los elementos integrantes del motivo adecuado para la declaración de paternidad natural por la justicia, y así allí encuentra

su apoyo la sentencia recurrida, ninguna alegación atinente al análisis de pruebas sería capaz de llenar aquel vacío fundamental que, en definitiva, conduce al fallo absolutorio. (Casación Civil. Octubre 10 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159) ..... 404, 2ª y 405, 1ª

— 218 —

FILIACION NATURAL (Acción dirigida contra los herederos del presunto padre. — Prueba de la calidad de herederos)

La Corte ha dicho que cuando muerto el padre natural, se demanda a los herederos en juicio de filiación natural y de petición de herencia, la dicha condición de heredero no es algo relativo a la capacidad procesal o presupuesto procesal, sino algo que "afecta más profundamente la personería como elemento constitutivo que es de una situación legal o investidura jurídica esencial para la procedencia de la acción. Su prueba, por consecuencia, tiene que ser legalmente perfecta". (Casación Civil. Octubre 18 de 1955 T. LXXXI Nº 2159) 439, 1ª

— 219 —

FILIACION NATURAL (Efectos de la sentencia proferida en un juicio seguido contra los herederos del presunto padre)

En los juicios de paternidad natural, si la demanda se dirige contra los herederos del padre, sólo tendrá efecto la sentencia contra los que han sido parte en la controversia, en contraste con la que se profiera en juicio contra el padre en persona, que tendría efectos erga omnes. (Casación Civil. Octubre 18 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159) 439, 1ª

— 220 —

FILIACION NATURAL (Se puede proponer la acción contra los herederos del presunto padre)

Es doctrina de la Corte, confirmada en numerosas decisiones, la de que la acción de filiación natural puede promoverse después de muerto el padre contra los herederos. (Casación Civil. Noviembre 25 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161) 641, 2ª

— 221 —

FILIACION NATURAL (Art. 6º de la ley 45 de 1936)

Si es cierto que el TRATAMIENTO y la FAMA de que trata el artículo 6º de la ley 45 de 1936 deben asentarse en actos del supuesto padre que aparecen señalados en la citada disposición legal, es cierto también que tratándose de la comprobación de la posesión notoria del estado de hijo natural, no es posible exigir la concurrencia de todos esos actos —subsistencia, educación y establecimiento— en el término mínimo de los diez años continuos fijados en el artículo 398 del Código Civil; a este respecto, basta anotar que exigir, por ejemplo, en relación con la educación, una duración mínima de diez años equivaldría a exigir, para la posesión notoria, un término muy superior al fijado en el mencionado artículo 398 del Código Civil. (Casación Civil. Noviembre 25 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161) 642, 2ª

— 222 —

FUERZA MAYOR (En caso de que la entidad administrativa niega una licencia de construcción)

El destino económico manifiesto de los predios urbanizados consiste en que los res-

pectivos solares sean susceptibles de ingresar al área edificada de las ciudades, mediante el lleno de los requerimientos exigidos en la materia. Es una finalidad obvia que se incorpora en la naturaleza misma de la contratación, cuando se trata de compraventas que tienen por objeto, no terrenos para urbanizar, sino terrenos urbanizados; por lo que aparece del mismo modo claro el deber general que pesa sobre los vendedores acerca del cumplimiento pleno de las condiciones exigidas por las autoridades municipales para cancelar las respectivas licencias de edificación. De allí también la necesidad jurídica en que los urbanizadores se encuentran, de prever todo lo conducente a que los solares, como objeto propio de su empresa, puedan ser utilizados en construcciones por quienes los compran, precisamente para que la finalidad de la compra no se vea frustrada y la principal obligación del vendedor no resulte incumplida.

En principio, no cabe hablar de fuerza mayor que haga imposible la promesa del vendedor, cuando es negada por la autoridad municipal la respectiva licencia para construír, puesto que si el impedimento se produce, no dependerá por lo común de causas imprevistas. Para que en un caso dado pueda cesar la responsabilidad del vendedor, será preciso que en concreto se pruebe cómo dentro de lo normal, de lo razonable y lo previsible por quienes asumen profesionalmente el papel de urbanizadores, fue inevitable el resultado adverso, negativo de la licencia para edificar, irresistible como acto de autoridad, pero por regla general no imprevisible para quien precisamente se encuentra en la necesidad jurídica de prever. La excepción debe ser comprobada plenamente, puesto que rompe la regla general. (Casación Civil. Noviembre 30 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) 677, 1ª

— 223 —

FUNDACIONES DE BENEFICENCIA (Organización de su personería jurídica)

No importa que las bases generales para organizar la persona jurídica sean incompletas, porque el régimen atinente a la materia, es flexible y adecuado a llenar todos los vacíos, puesto que en conformidad con el artículo 650 del Código Civil, las fundaciones de beneficencia que hayan de administrarse por una colección de individuos, se regirán por los estatutos que el fundador les hubiere dictado; y si el fundador no hubiere manifestado su voluntad a este respecto, o sólo la hubiere manifestado incompletamente, será suplido este defecto por el Presidente de la República. (Sala Plena de Casación Civil. Noviembre 30 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161) 655, 2ª

— H —

— 224 —

HECHO NOTORIO (En qué consiste. - Por lo general no requiere prueba. - El derecho de propiedad sobre determinada cosa no es hecho notorio)

Ha dicho la Corte que "la sentencia debe ser conforme al libelo en el cual han de constar los hechos básicos que individualizan la acción, sin que le sea lícito al juzgador salirse de los fundamentos de la demanda, los cuales pertenecen a las partes. Quiere ello decir que los hechos que no fueron aportados por el actor, o que, aportados, no se demostraron, se consideran como inexistentes a los ojos del juez". (G. J. número 2.032, pág. 623). Esto porque, según se dice en la misma providencia, la regla general es que se falla conforme a lo alegado y probado. Y se agrega: "Con todo, hay un princi-

pio que dice: "Las cosas notorias no es necesario probarlas".

En atención, pues, a ese principio que viene desde el antiguo derecho (notorio non agent probatione) y que en el moderno debe admitirse también a falta de texto expreso, es necesario ver si el hecho puede dársele la calidad de notorio y si en virtud de esa calificación, simplemente, se puede tener por establecido.

Notorio, según el diccionario de la lengua, viene del latín NOTORIUS, y es lo público y sabido de todos.

La notoriedad de un hecho no significa que él deba ser conocido de manera general, absoluta o efectiva. Puede ocurrir que considerable número de personas lo ignoren, o que de él se tenga un conocimiento de carácter relativo, o que ese conocimiento no sea real y, no obstante, subsistir el concepto de notoriedad, concepto que tiene, entre otros objetivos y en atención al principio de economía procesal, el de evitar que se produzcan pruebas innecesarias. De todo lo cual se concluye que "pueden considerarse hechos notorios aquellos que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, con relación a un lugar o a un círculo social y a un momento determinado, en el momento en que ocurre la decisión", según lo expresa el profesor Eduardo J. Couture en su obra "Fundamentos del Derecho procesal civil", 2ª edición, p. 141.

Por regla general el hecho notorio no requiere demostración a menos que la notoriedad sea esencial y la comprobación de ella exigida por la ley, como ocurre con la posesión notoria del estado civil de casado, de hijo legítimo o natural, la cual se concreta a tres situaciones a saber: trato, fama y tiempo. O cuando tal hecho, con esa calidad considerado, haya sido controvertido por las partes, casos en los cuales se impone demostrar su configuración por los medios de credibilidad exigidos por la ley.

El demandante, en el juicio, equivocadamente y de manera implícita, afirma como hecho notorio de su demanda lo que constituye un derecho de propiedad que debe probarse. En efecto nadie pone en duda la existencia del ferrocarril de Antioquia y eso sí es un hecho notorio. En cambio es muy distinto el derecho de propiedad o saber a quién pertenece el ferrocarril. (Negocios Generales. Diciembre 16 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) ..... 1.020, 1ª y 2ª

— 225 —

HERENCIA (Aunque atinente a la universalidad del patrimonio del difunto, se proyecta de inmediato y en concreto sobre los bienes y deudas de que consta)

La organización del derecho sucesorio resuelve el problema acerca de la titularidad del patrimonio de quien ha fallecido. En su reemplazo están llamados otros titulares a recibir no sólo el dominio de los bienes que integran el activo, sino también a soportar las deudas que constituyen el pasivo herencial. Se consultan intereses de terceros y en especial de los herederos, a tiempo en que son llamados como herederos quienes tienen vocación por la ley o el testamento para ocupar el lugar jurídico del causante, como titular de su propio patrimonio que, después de su muerte, viene a ser la herencia.

Ese llamamiento integra un derecho subjetivo, y versa sobre la universalidad del patrimonio: es el derecho de herencia, que establece relación directa entre el nuevo titular y el patrimonio hereditario. Se contempla, pues, un derecho real y un modo de adquirir a título universal.

Si el heredero es único, si de una vez queda individualizado el nuevo titular del patrimonio relicto, no puede remitirse a duda que desde antes de que la mortuoria se liquide, la propiedad de todos los bienes herenciales, en su concreta existencia y singu-

larización, radica de plano en el heredero, a quien, para enajenar los inmuebles, le basta obtener el decreto judicial de posesión efectiva, según los artículos 757 del Código Civil y 968 del Código Judicial.

Así, pues, el derecho de herencia, aunque atinente a la universalidad del patrimonio dejado por el difunto, se proyecta de inmediato y en concreto sobre los bienes y deudas de que consta. Es únicamente que si hay varias personas llamadas al todo hereditario, surgen las partes y se forma necesariamente la comunidad universal sobre todos y cada uno de los elementos activos y pasivos que constituyen el patrimonio relicto. Es un condominio a título universal que debe liquidarse, sin duda, pero que otorga a los comuneros derechos que en concreto versan sobre los bienes hereditarios singularizados, así como en concreto también les impone responsabilidades por las cargas y el pasivo sucesorio. (Casación Civil. Septiembre 30 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58) 197, 1ª y 2ª

— 226 —

HIJUELA (Su valor como prueba del dominio)

La prueba del dominio sobre los bienes adjudicados, como la prueba del dominio en general, es relativa. Puede bastar la hijuela, o requerir el complemento del título del causante: a) es suficiente la hijuela en litigios entre los mismos coherederos y copartícipes, o sus causahabientes; y b) lo es también en controversia con terceros en que se oponga a la hijuela un título posterior, o una posesión iniciada posteriormente a la adjudicación o partición, a menos que la posesión hubiese configurado el modo de la usucapión; mas, no así si el título que se le opone es anterior, caso en el cual es necesario aducir el título del causante, y aún otros, según el caso. (Casación Civil. Octubre 31 de 1955. T. LXXXI Nº 2159) 512, 1ª

— 227 —

HIJUELAS (Cuándo sirven como prueba de la cosa adjudicada)

Ha sido doctrina constante de la Corte al de que las hijuelas de adjudicación de bienes de una sucesión, aunque estén revestidas de todas las formalidades externas, no son por sí solas prueba de dominio de la cosa adjudicada, pues es preciso acompañar la prueba de dominio que, a su vez se atribuye al causante. Pero ello se dice para oponérselas como título anterior a terceros, y no entre los causahabientes en la misma sucesión. (Casación Civil. Septiembre 1º de 1955 T. LXXXI. Nos. 2157-2158) 105, 2ª

— 228 —

HONORARIOS PROFESIONALES (Remuneración del mandatario o apoderado judicial)

El recurrente dice que la remuneración legal es la usual a que se contrae el artículo 2184 del C. C.; ello no es exacto, porque la legal es la que señala un precepto positivo que no existe en relación con el mandatario o apoderado judicial. Si de acuerdo con el artículo 2143 ibidem la remuneración es determinada por convención de las partes, por la ley o por el Juez, síguese que en el caso en estudio esa remuneración debe ser fijada por el Juez en defecto de la convencional y legal, y que la prueba pericial es la adecuada para determinar su monto. (Casación Civil. Noviembre 18 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161) 622, 2ª

— 229 —

HURTO AGRAVADO. - ROBO (Cometidos por tres o más personas)

Cuando se trata de los delitos de hurto

agravado y robo común cometidos por tres o más personas reunidas, ya no se aplica ca la circunstancia accesoria del ordinal 9º del art. 37 del estatuto represivo (complicidad preordenada), sino la modificadora del numeral 5º del artículo 398 ibidem, pues en esta última norma —de carácter especial— queda comprendido el fenómeno de pluralidad de delincuentes que prevé aquel precepto general. (Casación Penal. Septiembre 27 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58) 309, 2ª y 310, 1ª

— 230 —

HURTO Y ROBO (Presunción legal de responsabilidad)

La presunción legal de responsabilidad en los delitos de robo o hurto la condiciona la ley al cumplimiento de tres requisitos esenciales, a saber: que las cosas robadas o hurtadas se encuentren en poder de la persona sindicada por la comisión del delito; que esta misma persona con anterioridad haya sido condenada en sentencia irrevocable por un delito contra la propiedad, y que la presunción legal no haya sido desvirtuada por los medios que la ley consagra. Cumplidos estos requisitos y demostrado el cuerpo del delito, la presunción legal del artículo 221 del Código de Procedimiento Penal tiene plena vigencia jurídica como prueba de la responsabilidad en los delitos contra la propiedad.

La presunción equivale a un indicio cuyo valor incriminativo está predeterminado por la ley, y ella permite prever unas mismas consecuencias derivadas de unos mismos hechos, actos o procederes; por esto es por lo que, "se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas" (artículo 66 del C. C.); y cuando las circunstancias o motivos son determinados por la ley, la presunción se denomina legal porque admite prueba en contrario, a diferencia de la presunción de derecho consagrada por el Código Civil, que no admite prueba en contrario.

El fenómeno jurídico que se opera con la presunción legal del artículo 221 del C. de P. P., es el de inversión de la carga de la prueba; es decir, que la persona sobre quien gravita una presunción de esta naturaleza puede probar en contra de ella para desvirtuarla, pues no siendo presunción de derecho, contra ella caben todos los medios consagrados por la ley. Pero si dentro del proceso no se aduce ninguna prueba, y por otra parte, se demuestra la condena anterior por un delito contra la propiedad, ella —la presunción legal— debe considerarse por el fallador como prueba de la responsabilidad. (Casación Penal. Octubre 31 de 1955. T. LXXXI Nº 2159) 551, 1ª

— I —

— 231 —

ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA ADJETIVA (No puede alegarse por el representante cuyo título no ha sido conferido en debida forma)

Se reitera la doctrina de que la ilegitimidad de la personería adjetiva de una de las partes, no puede ser alegada en las instancias, como causal de nulidad, ni en el recurso extraordinario, como motivo de casación, "por el mismo representante cuyo título no ha sido conferido en debida forma o se ha encontrado deficiente". (Casación Civil. Diciembre 14 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160-61) 745, 1ª

— 232 —

IMPEDIMENTO (Procedimiento para su calificación)

Sólo cuando el Magistrado impedido es el

ponente puede ordenar pasar el negocio al que le siga en turno para la calificación del mismo; si no tiene esa calidad (ponente), la manifestación o declaración de impedimento pasa al Magistrado a quien en reparto se adjudicó el asunto para que lo califique; éste, por regla general, es el procedimiento que debe observarse —como lo hace la Corte— y no el adoptado por el Tribunal.

La providencia que califica el impedimento de un Magistrado, lo mismo que la recusación, es un auto interlocutorio, porque resuelve un incidente dentro del proceso penal (artículo 156, numeral 2º del C. de P. P.). Los autos interlocutorios se dictan por la Sala de Decisión en los Tribunales (artículo 161) y ésta, cuando hay un Magistrado impedido, no es unitaria sino dual, o sea, la que forman los otros Magistrados que componen la Sala respectiva (artículo 74). La calificación del impedimento hecha por un solo Magistrado no está ceñida a la ley porque la aceptación o rechazo del impedimento —se repite— la hacen los dos Magistrados restantes que forman la Sala respectiva al tenor de lo dispuesto por el artículo 442 del Código Judicial aplicable al caso por no ser sus disposiciones contrarias a las normas del procedimiento penal (artículo 7º). Mientras la decisión del impedimento —en el Tribunal— no se resuelva de acuerdo con las normas legales, la Corte no tiene jurisdicción y competencia para conocer del incidente. (Casación Penal. Noviembre 17 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160-61) . 824, 2ª y 825,1ª

— 233 —

IMPEDIMENTOS O RECUSACIONES (Alcance de las causales)

El provocar impedimentos o recusaciones por fuera de las causales taxativamente previstas por la ley, o sin prueba plena de las previstas, entorpece la pronta administración de justicia, con detrimento de los derechos que se llevan a la controversia litigiosa. Porque es sabido que la reintegración de las salas con personal de conjueces deja expuesta la decisión de las causas, a imprevisibles dilaciones que no pueden evitarse, a pesar de la buena y aun excelente voluntad de los conjueces, quienes como personas particulares deben atender a múltiples obligaciones y diligencias propias, que les dificultan contribuír a la pronta evasión de los asuntos, preparados por funcionarios dedicados exclusivamente a ello. Así se explica que la ley haya sido estricta en la previsión de estas causales, cerrándole la puerta a motivos que dependan de la libre iniciativa de funcionarios o abogados, cuando no del ingenio de éstos, y aunque se funden en algo tan respetable como la simple delicadeza. (Negocios Generales. Octubre 31 de 1955. T. LXXXI Nº 2159) 558, 2ª

— 234 —

IMPUESTO DE VALORIZACION (Es necesario en cada caso regular los daños y beneficios en guarda de la justicia)

No hay duda que impuestos, como el llamado de VALORIZACION, de que trata la ley 25 de 1921, son justos y de conveniente recaudo; pero no puede decirse que SIEMPRE se obtenga beneficio por un propietario de tierras por la realización de obras cercanas a su predio. Por ello el legislador ha establecido que, en cada caso particular, mediante pruebas aducidas por las partes, entre otras, la pericial, se regulen daños y beneficios, en guarda de la justicia. (Sala Plena. Noviembre 15 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) 574, 2ª

— 235 —

INCONGRUENCIA

Cuando el actor fija al daño causado un valor máximo, y la sentencia condena a más (ULTRAPETITA), hay incongruencia (causal segunda de casación). (Casación Civil. Diciembre 14 de 1955 T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) 749, 1ª

— 236 —

INCONGRUENCIA (La aplicación de una ley no invocada expresamente, no implica incongruencia)

La aplicación de una ley no invocada expresamente, no implica incongruencia, y mucho menos cuando esa ley, la 120 de 1928, y la citada en la demanda, antes que estar en pugna, se complementan, en el sentido de consagrar la acción de pertenencia con base en la prescripción extraordinaria o usucapión, trátese o no del caso de comuneros. (Casación Civil. Noviembre 18 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) .. .. 629, 1ª y 2ª

— 237 —

INCONGRUENCIA (Entre la sentencia y la demanda)

Determinada claramente en la demanda cuál es la sentencia judicial que persigue el actor; es decir, cuál debe ser la materia sobre que haya de recaer el fallo, no puede el sentenciador salirse de ese ámbito que le marca el propio actor, para fallar en sentido diverso a las súplicas de la demanda. (Casación Civil. Noviembre 30 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) 700, 2ª

— 238 —

INCOMPATIBILIDAD (de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y Agentes del Ministerio Público con la gestión de negocios judiciales o administrativos)

Los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y los Agentes del Ministerio Público no pueden ser mandatarios en asuntos judiciales o administrativos, ni pueden abogar en esta clase de negocios, aunque se hallen en ejercicio de licencia, ni aconsejar a cualquiera de las partes litigantes —dice el artículo 179 del Código Penal.— En la primera hipótesis: la existencia de un mandato y el ejercicio del mismo, es elemento indispensable para estructurar el delito; en la segunda, no se trata de ejercer un mandato ni de asumir funciones de apoderado en determinado negocio; el simple hecho de abogar de palabra o por escrito ante las autoridades civiles o administrativas, es lo que la ley considera como infracción penal; en la tercera, se prescinde de la intervención de los funcionarios ante las autoridades civiles o administrativas, y el delito se tipifica por el hecho de aconsejar, dictaminar u opinar en un negocio, a fin de que el dictamen, consejo u opinión sirva como norma de conducta a las partes litigantes.

Por esta disposición (Art. 179 del C. P.) la ley garantiza la independencia absoluta de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público en la administración de justicia, y establece una incompatibilidad o impedimento legal para ejercer dos o más funciones a la vez; la de empleado público, por una parte, y la de mandatario, procurador, vocero, abogado o simple consejero por otra. La actividad de los particulares en asuntos judiciales o administrativos, no puede confundirse con la de los empleados que administran justicia, ni la investidura de éstos puede tener un sentido de influencia o ascendiente ante las auto-

ridades de quienes se exige el reconocimiento de un derecho o la sanción para un delito.

Cuando el reconocimiento de un derecho o el resultado de una investigación se hallan supeditados a intereses e influencias extrañas que menoscaban la imparcialidad absoluta de los juzgadores, la justicia no puede ser la expresión de la verdad como finalidad del derecho, o como resultado de un proceso, máxime cuando esa intervención proviene de funcionarios de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público; por esto es por lo que el Legislador ha establecido una serie de incompatibilidades para estos funcionarios, prohibiendo su intervención en asuntos judiciales o de orden administrativo, bien sea como mandatarios, apoderados o voceros, o como el de simples consejeros para las partes litigantes (artículos 179 C. P.; 18 de la Ley 105 de 1931 y Decreto número 385 de 1950). (Casación Penal. Septiembre 14 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58).....272, 2ª y 273, 1ª

— 239 —

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS (Es posible acumular la indemnización del seguro de vida y la de reparación del daño a cargo de quien lo haya causado)

El cúmulo o acumulación de la indemnización propia del seguro de vida, que debe pagar el asegurador y la indemnización o reparación del daño, a cargo de quien lo haya causado, se admite hoy por la doctrina, principalmente en materia de daños a la persona —lesiones personales, muerte— en consideración a que la indemnización, siempre fija del seguro de vida, no corresponde al perjuicio sufrido. Esta solución no pugna a la regla consagrada en el artículo 641 del C. de Co.

Otro tanto cabe decir respecto de la herencia recibida por los causahabientes que ejercen la acción del contrato, en la sucesión de la víctima: la herencia representa la actividad pretérita de ésta, que en nada juega en la actividad misma, a la cual se refiere el daño causado al pasajero fallecido. (Casación Civil. Septiembre 27 de 1955. T. LXXXI Nos. 2157-58) .. .. .. 182, 1ª y 2ª

— 240 —

INDICIOS (Soberanía de los falladores en su apreciación)

Uniforme es la doctrina de la Corte al sostener la soberanía de los falladores en la apreciación de la prueba tanto más cuanto ésta está constituída por una concatenación de indicios que es menester considerar no en forma aislada como lo hace el recurrente sino como un todo armónico que lleva a la reconstrucción de la simulación. (Casación Civil. Diciembre 15 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160-61) 785, 1ª

— 241 —

INDICIOS (Cargo en casación por su errónea interpretación)

En tratándose de la prueba de indicios que es la más importante en este negocio, los falladores tienen un campo de apreciación muy amplio, como que las deducciones e inferencias que ella produce se basan en razonamientos hechos por los Jueces en donde la conciencia juega un papel decisivo. Para que en este aspecto pueda prosperar un cargo, es necesario demostrar plenamente, que el hecho indicador es falso y que, por consecuencia, es errónea la conclusión. (Casación Civil. Diciembre 15 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160-61) 792, 2ª

— 242 —

INEMBARGABILIDAD DE LA VIVIENDA POPULAR

Véase el aparte Decreto-Ley 380 de 1942 en el número 145 de este Indice.

— 243 —

INICIACION DE LA INVESTIGACION PENAL (Conocimiento de la infracción Penal para que se abra la investigación)

"...el funcionario de instrucción ha de darles cumplimiento a los artículos 283, 284 y 293 del Código de Procedimiento Penal, en orden a dictar el auto cabeza del proceso y a iniciar la instructiva, "fundándose en el conocimiento que ha tenido de la infracción penal", como lo expresa la segunda de dichas normas, locución destinada a fijar el alcance de tan importante e imperativo deber. No son los hechos indiferentes los que no están obligados a investigar, ni a ellos se refiere tampoco lo prescrito en el artículo 10 ibidem para los funcionarios, empleados o jueces que "de cualquier manera TENGAN CONOCIMIENTO DE LA INFRACCION PENAL cuya investigación debe seguirse de oficio" o sin que sea competente para ello, y en el 11 ibidem para aquellos ante quienes "se presentare algún hecho QUE PUEDA CONSIDERARSE COMO DELITO perseguible de oficio", con ocasión de los procesos civiles o administrativos de que conocen.

"En otros términos, para que la investigación se abra por el Juez, preciso es que en la mente de éste, no en la del denunciante, el hecho sea infracción penal o como tal pueda reputarse.

"Es obvio, desde luego, que no se trata de aquel CONOCIMIENTO que es fruto de operaciones mentales, así sean ellas las más simples, porque, de lo contrario, se abrirían a la impunidad numerosos caminos, sino del que surge espontáneamente, sin dejar la menor duda, de la confrontación del hecho denunciado con las disposiciones legales dentro de las cuales se dice o podría decirse comprendido; de aquel acto propio de la inteligencia que se llama INTUITIVO cuando con él, al decir del filósofo Bertrand, "se quiere designar el conocimiento inmediato, sin intermediarios, por visión directa del espíritu", por contraposición al denominado DISCURSIVO con que "se quiere indicar el conocimiento indirecto y demostrado"; de aquella acción o efecto de CONOCER, en fin, en que este verbo se toma para significar lo mismo que "percibir el objeto como distinto de todo lo que no es él", según la acepción del Diccionario de la Lengua Española.

"Al abstenerse de investigar el hecho que no se ofrece a su conocimiento como INFRACCION PENAL, el funcionario no prejuzga, ni omite o rehusa el ejercicio de una función inherente a su investidura. No hay delito qué investigar, y por eso no investiga, de la misma manera que en los procesos ya iniciados, al aparecer la plena prueba de que el hecho no se considera en la ley con tal carácter, "procederá, aún de oficio, a dictar sentencia en que así lo declare y ordene cesar todo procedimiento contra el reo". En uno y otro caso la razón es la misma: inexistencia de la acción por no ser el hecho constitutivo de infracción penal. Sólo que esta circunstancia se hace unas veces apreciable al instaurarse la denuncia, y con mayor frecuencia en el curso de las investigaciones.

"Por este medio se amparan por igual los derechos individuales y el derecho social, que no es, en suma, sino la armoniosa ordenación de aquéllos al beneficio de la comunidad. Precisamente a prevenir y conjurar el riesgo de las acusaciones temerarias se encamina lo preceptuado en el Capítulo I del Título IV del Código de las Penas, en el cual se reprimen las falsas imputaciones ante las autoridades, como delitos contra la adminis-

tración de justicia". (G. J. número 2153, págs. 130 y 131). (Casación Penal. Diciembre 6 de 1955 T. LXXXI Nos. 2160-61) ... 858, 2ª y 859, 1ª y 2ª

— 244 —

INFLUENCIA DEL FALLO PENAL EN MATERIA CIVIL (En los asuntos de conocimiento de la justicia penal militar se siguen las normas generales del C. de P. P. sobre perjudicialidad)

Es regla general la de que para que proceda la indemnización civil de perjuicios causados por una infracción de la ley penal, el juez penal ha de agotar el estudio y el trámite de su incumbencia; reconociéndose la indemnización civil en el juicio penal, por el mismo juez que ha calificado la investigación, o por el juez civil, cumplido el presupuesto del conocimiento por el juez penal.

Se alega, sin embargo, que el artículo 24 del Código Penal Militar establece una excepción a dicha regla, basándose en el silencio de la ley que aquí se trata. Con todo, es fácil ver cómo el citado texto del estatuto militar dispone las acciones para indemnización de perjuicios derivado de delitos sujetos a la jurisdicción penal militar, "se ventilarán ante la justicia ordinaria, conforme a las normas comunes". Una de éstas es la del artículo 11, que establece que el juicio civil se suspende en los casos que él contempla. Hay que suponer unidad de criterio en el legislador, que es uno solo. El establece la suspensión de estos casos de un modo general. El artículo 24 apenas regula la acción penal ante la justicia militar, excluyendo de su conocimiento lo referente a la indemnización por el daño civil. En lo demás, la legislación general es cumple. Y se reclamará la indemnización civil "conforme a las normas comunes" (art. 24 citado). No hay ninguna razón para que la norma "común" que rige las acciones por perjuicios civiles —exigiendo la suspensión del juicio civil mientras se decide la investigación penal— no se aplique respecto de los asuntos de que conoce la justicia militar. (Negocios Generales. Diciembre 6 de 1955 T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) ..... 993, 1ª y 2ª

— 245 —

INFLUENCIA DEL FALLO PENAL EN MATERIA CIVIL (El juicio civil debe suspenderse hasta que haya pronunciamiento de fondo por la justicia penal)

Dispone el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, suspender el juicio civil cuando lo que se resuelva en el penal PUEDA INFLUIR en la solución de la controversia civil. Expresión ésta sumamente lata, de difícil aplicación a casos concretos, porque si el juez civil reputa v. gr. que el acto de una persona debe apreciarse independientemente de la declaración sobre si lo realizó en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima, está expuesto a que el juez penal haga una declaración en esa materia, que al calificar el hecho o las circunstancias en que cumplió, llegue a deducciones que deben influír en el criterio del sentenciador civil. De donde se infiere que la naturaleza de estos asuntos impone esperar el fallo de la justicia penal. Que pueda incoarse la acción civil después de una absolución o sobreseimiento penal, no es razón para que, sin haberse terminado la investigación penal, proceda fallar la acción civil. (Negocios Generales. Diciembre 6 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) 994, 2ª y 995, 1ª

— 246 —

INEXEQUIBILIDAD DE LAS LEYES (Efectos de su declaración)

Si una disposición legal es contraria a la Constitución, ha de declararlo así la Corte, en cumplimiento de sus atribuciones. Al ha-

cerlo, no legisla; se limita a quitar de la ley lo que en ella es opuesto al Estatuto fundamental de la nación. Puede suceder que al hacerlo se cambie una situación jurídica que por virtud de la norma que se declara inexequible, estaba vigente; o que se produzca ausencia de norma. Ninguno de estos supuestos ha de impedir la declaración de la Corte. El legislador en su oportunidad dispondrá lo de su incumbencia. (Sala Plena. Septiembre 14 de 1955. T. LXXXI Nos. 2157-2158) 15, 1ª

— 247 —

INEXEQUIBILIDAD DE LAS LEYES
(Efectos del fallo de la Corte)

El fallo sobre inexequibilidad produce efecto ERGA OMNES y deja insubsistentes las normas declaradas como contrarias a la Constitución. En estos casos, por decisión del más alto tribunal de justicia, a quien se ha confiado la guarda de la integridad de la Carta, la ley de inferior jerarquía pierde su operancia al declararse su incompatibilidad con la ley de leyes. (Casación Civil. Octubre 4 de 1955. T. LXXXI Nº 2159) 378, 1ª

— 248 —

INEXEQUIBILIDAD DE LAS LEYES (La Corte no es competente para conocer de una demanda de inexequibilidad de una norma expresamente derogada aunque posteriormente se reproduzca literalmente en otra disposición posterior)

Si la disposición de un decreto legislativo, acusada de inconstitucionalidad, ha sido derogada expresamente, aun cuando ella aparezca reproducida literalmente en otro decreto legislativo posterior, la Corte se encuentra ante un caso de sustracción de materia y no hay lugar a resolver sobre la demanda de inexequibilidad de la norma derogada.

La Corte en jurisprudencia constante y reiterada ha decidido que esta corporación no puede pronunciarse sobre la exequibilidad de leyes o decretos que hayan dejado de regir. La decisión sobre inexequibilidad no es otra cosa que la declaración jurisdiccional de que el acto acusado no puede ejecutarse por vulnerar o menoscabar la norma constitucional de superior jerarquía. Tal declaración, por consiguiente, supone la vigencia y operancia del decreto o ley inconstitucional, ya que el acto insubsistente, por el solo hecho de serlo, no es susceptible de ejecución. La decisión de inexequibilidad se proyecta sobre el futuro y no sobre el pasado: en principio, ella no produce los efectos de una declaración de nulidad absoluta sino los de una derogatoria de la norma acusada. (Sala Plena. Noviembre 22 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) 589, 2ª y 590, 1ª

— 249 —

INEXEQUIBILIDAD DE LAS LEYES (Sustracción de materia)

El artículo 214 de la Constitución ordena a la Corte decidir sobre la exequibilidad de las leyes y decretos allí señalados: si lo que se ordena es decidir si una ley o decreto quebranta el Estatuto, no estando vigente el precepto acusado no hay materia sobre la cual pueda recaer un fallo, salvo el de inhibirse por sustracción de la misma.

Y el artículo 163 establece que "toda sentencia deberá ser motivada" lo cual significa que los jueces deben, en toda sentencia, explicar las razones o motivos que han tenido para llegar a la decisión. Por eso toda sentencia tiene una parte motiva y una resolutiva, que forman una unidad, en que la segunda no es ni puede ser sino consecuencia de la primera. La parte resolutiva es la que vincula, o mejor, la que produce efectos en

el mundo jurídico; por eso todo motivo que no vaya enderezado a la decisión, excede del ministerio encomendado al juzgador. En tal virtud, en un fallo se debe exponer todo lo necesario para la resolución final, pero nada más que lo necesario o conducente.

Finalmente, no sobra anotar el contrasentido que ofrecería una sentencia en que se hicieran consideraciones de fondo cuando no hay problema qué resolver o materia sobre la cual fallar. Exagerando la tesis y sus consecuencias podrían acusarse como inconstitucionales preceptos derogados, con el fin de que la Corte hiciera un estudio académico que, en cualquier momento, pudiera servir de pauta doctrinaria, lo que, sin utilidad práctica del momento, ocasionaría una congestión tremenda en sus labores, con gravísimo perjuicio en el despacho de los asuntos.

Existen las cátedras de derecho y las academias de jurisprudencia, que son lugares indicados para la labor meramente abstracta de magisterio, pues los fallos judiciales no han de salirse de la órbita que les asignan los preceptos constitucionales y legales. Se olvida, de otro lado, lo apuntado anteriormente, a saber, que al cumplir la Corte su misión de guardián de la integridad de la Constitución, ha venido desarrollando ese magisterio moral y de enseñanza doctrinaria del derecho público: bastaría al efecto con presentar todas las doctrinas que desde el acto legislativo número 3 de 1910 se han sentado sobre casi todos los textos del Estatuto Fundamental. (Sala Plena. Diciembre 9 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) .. 602, 1ª y 2ª

— 250 —

INEXEQUIBILIDAD DE LAS LEYES (La Corte no puede pronunciarse en caso de sustracción de materia)

La Corte en jurisprudencia constante y reiterada ha decidido que esta corporación no puede pronunciarse sobre la inexequibilidad de leyes o decretos que hayan dejado de regir. La decisión sobre inexequibilidad no es otra cosa que la declaración jurisdiccional de que el acto acusado no puede ejecutarse por vulnerar o menoscabar la norma constitucional de superior jerarquía. Tal declaración por consiguiente supone la vigencia y operancia del decreto o ley inconstitucional, ya que el acto insubsistente, por el solo hecho de serlo, no es susceptible de ejecución. La decisión de inexequibilidad se proyecta sobre el futuro y no sobre el pasado: en principio ella no produce los efectos de una declaración de nulidad absoluta, sino los de una derogatoria de la norma acusada. (G. J. Tomo LXXX, número 2155, pág. 645). (Sala Plena. Diciembre 9 de 1955 T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) . .... 601, 2ª y 602, 1ª

— 251 —

IRRESPETO A LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

Las expresiones de que hizo víctima el señor Hegistrador al doctor N. N. son sin duda reprobables, como contrarias a la ecuanimidad y ponderación que los servidores públicos deben observar en todos sus actos, sin que baste a justificarlas el proceder con que el segundo interviniera ante la Registraduría en su calidad de jefe político, pues la Constitución y la Ley han dotado a los funcionarios investidos de autoridad o jurisdicción de la facultad de sancionar a quien los injuria o irrespeta por causa o con ocasión de las funciones que ejercen. (Sala Plena. Noviembre 3 de 1955. T. LXXXI Nº 2160 y 2161) 570, 1ª

— 252 —

INSCRIPCION DE LOS ABOGADOS EN LA SECRETARIA DE LA CORTE (Se requiere de esta inscripción para que los abo-

gados formalicen una demanda de casación o para interponer un recurso de hecho ante la Corte)

Para tener la calidad de abogado inscrito, única que permite litigar, según el artículo 1º de la Ley 69 de 1945, no basta haber obtenido el documento de matrícula, que expide el Tribunal de cada Distrito según el artículo 9º de la Ley 62 de 1928, sino que también se requiere la inscripción en los registros a que se refiere el artículo 10 de la misma ley. Para formalizar una demanda de casación o para interponer un recurso de hecho ante la Corte se requiere que el abogado aparezca inscrito en la Secretaría de la corporación.

No hallándose inscrito en la Secretaría de la Corte el abogado que como apoderado de la parte recurrente suscribe la demanda y estando vencido el término del artículo 530 del C. J., corresponde a la Corte declarar desierto el recurso, en acatamiento al artículo 552 ibidem. (Casación Civil. Septiembre 30 de 1955. T. LXXXI Nos. 2157-58) 188, 1ª y 2ª

— 253 —

INSPECCION OCULAR (Quién debe practicarla)

La facultad de practicar inspecciones oculares, cuyo objeto es el examen de cosas y hechos relacionados con el litigio, reside solamente en los funcionarios de la rama jurisdiccional, quienes actúan en ellas mediante el procedimiento señalado en el Código Judicial. Y es el acta de tales diligencias lo que constituye plena prueba de los hechos y circunstancias observados por el juez. (Negocios Generales. Noviembre 7 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160-61) 923, 2ª

— 254 —

INTERPRETACION DE LA LEY (En la resolución de un contrato de compraventa

Respecto a los artículos 1909, inciso final, 1986, inciso 3º, y 1990 del Código Civil, que se dicen infringidos, es de observar que el Tribunal no confundió fenómenos o figuras jurídicas para regirlas indistintamente por iguales normas, sino sólo que al interpretar la compraventa cuestionada y la posibilidad de su resolución en parte, abstrajo los principios de equidad en que se inspiran aquellas disposiciones para escrutar los fines de la contratación y administrar justicia. Lo cual lejos de herir las reglas de hermenéutica, está en conformidad con lo estatuído por la Ley 153 de 1887 en sus artículos 5º y 8º que invocan la equidad natural, los principios generales del derecho y el criterio de analogía para aclarar o armonizar las disposiciones del legislador o para cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido en que se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes. Así es como las normas jurídicas, incapaces de contemplar todas y cada una de las situaciones concretas que suelen ser cambiantes en la vida de los pueblos, más complejas a medida que el progreso avanza, llegan sin embargo a conseguir la flexibilidad necesaria para adaptarse a los hechos nuevos y regirlos por modo equitativo, como cristalización de la buena fe que debe presidir la convivencia humana. (Casación Civil. Noviembre 30 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) 680, 2ª y 681, 1ª

— 255 —

INTERVENCION EN POLITICA (De los miembros de la Rama Jurisdiccional)

Nada más perjudicial para la administración de justicia que la intervención de los

funcionarios de la Rama Jurisdiccional en debates de carácter político. La independencia, imparcialidad, honestidad y buen nombre de las personas que se hallan revestidas de autoridad para conocer y juzgar la conducta de los asociados, pugna con esta clase de controversias e intervenciones. La influencia política es factor que en la mayoría de los casos puede inclinar la justicia por caminos que no sean la expresión auténtica de la verdad. Para garantizar los derechos de los asociados y los de la justicia, la ley ha erigido en delito el hecho de que los funcionarios o empleados públicos formen parte de directorios políticos o intervengan en debates de esta naturaleza.

La intervención en debates de carácter político presupone una controversia, una discusión, un examen o propaganda —pública o privada— de ideas encaminadas a un fin, que bien puede ser la preeminencia o predominio de unas ideas políticas sobre otras, o la imposición de candidatos que aspiran a llevar la representación política de un partido en los cuerpos colegiados. Pero la simple reunión sin acuerdo previo, casual o coincidencial del empleado o funcionario público con personas que hacen correrías políticas y aún el mismo viaje en compañía de ellos, no es hecho que se halle reprimido por la ley como delito, por no ser el acto constitutivo de intervención política. (Casación Penal. Septiembre 9 de 1955. T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) 263, 1ª

— J —

— 256 —

JUICIO DIVISORIO (Determinación de la línea divisoria por el Juez)

En los juicios que tienen por objeto determinar la línea divisoria entre dos predios, el juez debe resolver necesariamente cuál es esa línea, teniendo en cuenta las pruebas aducidas al debate y los hechos que él mismo haya observado en la diligencia de inspección ocular; el opositor a la línea trazada por el juez tiene la obligación de demostrar satisfactoriamente que la línea que él pretende es la verdadera y si no existe esa demostración, el juez goza de un poder discrecional suficiente para señalarla de acuerdo con su propio criterio y en armonía con lo observado personalmente por él sobre el terreno mismo, teniendo en cuenta además todos los elementos de juicio de que pueda disponer y que considere suficientes para la determinación de la línea divisoria. (Casación Civil. Octubre 27 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159) 500, 1ª

— 257 —

JUICIO EJECUTIVO (No puede procederse al remate de bienes ni al pago al acreedor sin que esté en firme el auto que decreta la ejecución)

En un juicio ejecutivo, siendo el auto que decreta la ejecución apelable por el ejecutado sólo en el efecto devolutivo (artículo 1031) en ningún caso, al tenor del artículo 1032, puede procederse al remate de bienes ni al pago al acreedor sin que esté ese auto en firme. (Casación Civil, G. J. número 1930, pág. 823). (Casación Penal. Octubre 20 de 1955. T. LXXXI Nº 2159) . . 542, 2ª

— 258 —

JUICIO DE EXPROPIACION (Es inexequible la norma que prescinde de toda autoridad judicial y de todo procedimiento para expropiar)

El artículo 5º del decreto legislativo 2.770 del 23 de octubre de 1953, quebranta el artículo 26 de la Constitución, que establece que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes, ante Tribunal com-

petente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. Ello porque mediante el citado artículo 5º del Decreto se prescinde de toda autoridad judicial y de todo procedimiento para expropiar. (Sala Plena. Noviembre 15 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) ..... 575, 1ª y 2ª

— 259 —

JUICIO DE VENTA O ADJUDICACION DE LOS BIENES HIPOTECADOS

El juicio de venta o adjudicación de los bienes hipotecados está reglamentado por el título XIII del Código Judicial y tiene por objeto hacer más rápido el pago al acreedor, cuando se ejercita la acción real que dá al acreedor hipotecario el derecho de perseguir la finca hipotecada sea quien fuere el que la posea y a cualquier título que la haya adquirido (artículo 2452 del Código Civil). Se trata de un juicio especial, dentro de los juicios especiales que la ley reglamenta, y que si tiene alguna semejanza con el juicio ejecutivo, se distingue de éste por muchos aspectos fundamentales.

La demanda se presenta contra quien figura como titular del derecho de dominio de la finca hipotecada, de acuerdo con el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos del lugar en donde esté ubicada la finca, certificado que debe presentarse con la demanda; y quien figure en el certificado como propietario de la finca será el demandado, aún cuando el deudor sea otro, porque en este juicio no se ejercita la acción personal contra quien debe, sino la acción real hipotecaria contra quien tenga la finca en su patrimonio. Con ese demandado se seguirá el juicio hasta cuando se termine, por pago al acreedor, bien sea en dinero por haberse hecho la venta de la cosa hipotecada en pública subasta, o por haberle sido adjudicada por cuenta de su crédito. Como en todo juicio, existe en éste especialísimo de venta de la cosa hipotecada, el derecho para que la parte que no fue legalmente notificada o emplazada, o no estuvo debidamente representada, pueda pedir que en juicio ordinario se declare la nulidad de tal juicio, cuando exista alguna de las causales que dan lugar a la nulidad de lo actuado (artículo 457 del Código Judicial). (Casación Civil. Octubre 13 de 1955. T. LXXXI Nº 2159) ..... 434, 1ª y 2ª

— 260 —

JURADO (Debe decidir sobre cuestiones de hecho, no de derecho)

Los jurados deben decidir sobre hechos y no sobre cuestiones de derecho, las preguntas que se sometan a su consideración deben versar sobre los primeros y no sobre las segundas.

Se desnaturalizaría la función de los jurados si en los cuestionarios se les plantearan aspectos de orden jurídico que corresponde examinar y decidir al juez de derecho, acomodando la Ley, sin aceptar el veredicto, a la determinación del Jurado sobre las realidades que lo integran y que sólo puede definir cuando la respuesta no contraviene los preceptos de la Ley.

Por lo tanto, el argumento de que "preguntándole al Jurado por el delito, cuando en su misma acepción etimológica va envuelta la idea se propicia su función", no es aceptable, por ser falsa la conclusión, desde luego que más se propicia interrogándolo sobre materias perceptibles a los sentidos, como son los hechos, y no sobre las formas jurídicas de los mismos. De no ser ello así también podrían versar las preguntas sobre entes jurídicos concretos, como por ejemplo sobre parricidio, cuya etimología es bien representativa, aunque existen dentro de esta figura delictuosa el parricidio llamado propio y el impropio, uno y otro comprendidos en el término "asesinato", calificado por los tra-

tadistas de expresión ondulante. (Casación Penal. Diciembre 10 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160-61) 883, 2ª

— 261 —

JURADOS DE CONCIENCIA (Soberanía)

Los jurados no aplican en sus veredictos las reglas imperantes de la crítica jurídica, ni su convencimiento puede ser objeto de explicación. La certeza de ellos es moral y no está sujeta a tarifa probatoria; y aunque el veredicto comprende "un hecho jurídico", o sea, la calificación del acto criminoso, base de la responsabilidad, no se le exige a quien lo emite que exprese en qué apoya su dictamen. Una es la certeza legal y otra la certeza moral. Aquélla le incumbe al Juez de derecho, que tiene que atender a las reglas sobre crítica del testimonio; ésta, como fruto de la convicción íntima, está eximida de toda dependencia cualitativa o cuantitativa en materia de probanzas, que el Tribunal del Pueblo aprecia libremente y sin sujeción a ningún método especial. (Casación Penal. Septiembre 20 de 1955. T. LXXXI Nos. 2157-58) 284, 2ª

— 262 —

JURISDICCION Y COMPETENCIA (No consiste en el acierto de la resolución judicial)

Una cosa es que la resolución de un juez o tribunal sea equivocada, por exceso o por defecto, y otra que carezca de la jurisdicción y competencia para decidir el negocio. (Casación Civil. Septiembre 5 de 1955. T. LXXXI Nos. 2157-58) 121, 1ª

— 263 —

JURISDICCION IMPRORROGABLE

Jurisdicción improrrogable es la que no puede salirse de la esfera que le traza la Ley. (Casación Penal. Diciembre 7 de 1955 T. LXXXI Nos. 2160-61) 876, 1ª

— 264 —

JUZGAMIENTO (Garantías del art. 26 de la C. N.)

El artículo 26 de la Constitución consagra, un mínimo de garantías para el acusado; pero también atiende a todos los estados sustanciales del procedimiento, precisamente por constituír una relación en la que obran varios derechos igualmente respetables y dignos de ser amparados.

Al encabezamiento de este artículo ("Nadie podrá ser juzgado...") no puede dársele una interpretación precaria o parcial, porque el juzgamiento es de orden público y porque las formas propias del juicio no están establecidas en provecho exclusivo del infractor. (Casación Penal. Diciembre 10 1955. T. LXXXI Nos. 2160-61) . . 883, 1ª

— L —

— 265 —

LEY 63 DE 1936

La ley 63 de 1936 "por la cual se organizan los impuestos sobre masa global hereditaria, asignaciones y donaciones", como su título indica, tiene una finalidad netamente fiscal en orden a la eficiente recaudación del impuesto de herencias. (Casación Civil. Septiembre 22 de 1955. T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) 154, 1ª

— 266 —

LEY SUSTANTIVA (La Jurisprudencia de la Corte no es ley sustantiva para efectos de la casación)

La jurisprudencia de la Corte no es la ley sustantiva que por errónea interpretación pueda ser causal de casación. (Casación Civil. Agosto 26 de 1955. T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) 63, 2ª

— 267 —

LEYES ELECTORALES (Sus defectos o imperfecciones corresponde subsanarlas al legislador)

Los defectos o imperfecciones de que adolezcan las leyes electorales, como la que fue objeto de la demanda que ahora se decide, por lo que mira a la realización de los propósitos perseguidos por el constituyente, y tocantes con la mayor o menor aproximación a la equidad, pertenecen a la competencia del legislador, que puede reemplazar por estatutos mejores los que en un momento dado rijan el procedimeinto de las votaciones y los escrutinios en materia electoral. A la Corte no le corresponde decidirse por la vigencia de las disposiciones que considere más convenientes, sino por la de los preceptos que no contraríen los mandatos de la Constitución. (Sala Plena. Septiembre 14 de 1955. T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) 15, 2ª

— 268 —

LIBROS DE CONTABILIDAD (Su examen por los liquidadores de impuestos nacionales no viola el art. 38 de la Carta)

El artículo 34 del Decreto-Ley 554 de 1942, al facultar al Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales y a los empleados que éste designe para examinar los libros de contabilidad del contribuyente a efecto de verificar la exactitud de los datos suministrados en cuanto al avalúo del GOOD WILL para fines de liquidación de los tributos, no hace sino desarrollar el artículo 38 de la Constitución. Y si la ley mercantil para finalidades meramente privadas, autoriza a los tribunales para ordenar aún de oficio la exhibición y el reconocimiento general de los libros en los casos de sucesión universal, comunidad de bienes, liquidación de sociedades legales o convencionales y quiebras (C. de Co., artículo 56), no se vé razón alguna para no poderlo hacer los funcionarios administrativos con una finalidad pública relacionada con la justa liquidación de los impuestos que se deban pagar al Estado. Cabe advertir que la Sala Plena de la Corte en fallo del 6 de diciembre de 1946 había declarado la exequibilidad del artículo 52 del mismo Decreto-Ley 554 de 1942, por el cual se obliga a los contribuyentes, bajo penas de multa, a presentar sus libros de contabilidad ante los Administradores y Recaudadores de Hacienda Nacional o ante otros empleados del ramo, para la liquidación de los impuestos nacionales. (G. J. números 2042-2044, Tomo LXI, Págs. 618 y 619). Tampoco se opone a ninguna norma constitucional la autorización de inspeccionar las empresas por los mismos funcionarios para los fines aludidos. (Sala Plena. Noviembre 22 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) . 587, 2ª

— 269 —

LIQUIDACION PROVISIONAL DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

La ley 28 de 1932 autorizó en su artículo 7º la liquidación provisional de las sociedades conyugales existentes a la época en que entró en vigencia ese estatuto legal, con el objeto de determinar cuáles de los bienes que formaban el acervo de las sociedades pa-

saban a poder de los cónyuges para que ellos continuaran administrando y disponiendo libremente de tales bienes. Pero los efectos de esa liquidación provisional se entienden como que los bienes adjudicados a cada uno de los cónyuges se entrega a buena cuenta de lo que a dichos cónyuges les debe corresponder a título de gananciales en la liquidación definitiva, que se practicará, precisamente cuando la sociedad conyugal queda disuelta; y ese evento se presenta cuando ocurra alguna de las causales que determina el artículo 1820 del Código Civil, la primera de las cuales es la disolución del matrimonio. Cuando el matrimonio se disuelve queda también disuelta, por ministerio de la ley, la sociedad conyugal, y es bien sabido que dentro del sistema legal colombiano el matrimonio queda disuelto por la muerte de uno de los cónyuges.

Siempre que uno de los socios de la sociedad conyugal fallece, entonces se debe proceder a la liquidación definitiva de la sociedad conyugal, liquidación que se practicará siguiendo las normas consagradas por el Código Civil en los artículos 1821 a 1836, en armonía con las normas que se aplican a la distribución de los bienes para el caso de la sucesión por causa de muerte. No importa que los cónyuges, ya por sí mismos o por medio de la justicia, hayan definido provisionalmente y sin perjuicio de terceros, las cuestiones relativas a la distribución de los bienes que haya de corresponder a cada uno de ellos, porque siempre será necesario proceder a la liquidación definitiva cuando la sociedad se disuelva. Esto quiere decir que la liquidación provisional se efectuará mientras el matrimonio subsista, o sea mientras exista la causa determinante de la formación de la sociedad conyugal, pero en ningún caso puede pretenderse que pueda practicarse una liquidación provisional ya disuelto el matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges, porque esto peca contra la finalidad de tal liquidación. (Casación Civil. Agosto 17 de 1955. T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) ... ... 52, 1ª y 2ª

— LL —

— 270 —

LLAVES FALSAS (En la comisión del delito de robo)

Por "llaves falsas" entienden los penalistas que son todas aquellas que no se hayan destinado por el dueño para abrir las cerraduras violentadas por el culpable, y aún han declarado que el empleo de la llave verdadera, en condiciones abusivas, constituye uso de llaves falsas. Sin ir más lejos, así lo considera el Código Penal Colombiano cuando dice: "...Si se cometiere (el robo) ...con llaves sustraídas o falsas...".

De modo que si la llave legítima, la propia, se reputa falsa y agrava el delito cuando es usada por persona extraña al genuino poseedor a quien se le sustrajo, con mayor razón debe considerarse "falsa", cuando se utilizó la auténtica para fabricar un duplicado. (Casación Penal. Noviembre 25 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160-61) 847, 2ª y 848, 1ª

— M —

— 271 —

MANDATO (Prueba de haberlo conferido)

Principio de prueba por escrito, de acuerdo con el artículo 93 de la ley 153 de 1887, en orden a probar el mandato judicial, es la confesión hecha al absolver posiciones, de haberlo conferido, y también el memorial por medio del cual fue otorgado. (Casación Civil. Diciembre 14 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160-61) 747, 1ª

— 272 —

MANDATO (El pacto de un porcentaje de lo que reciba el heredero, no implica cesión de parte del derecho hereditario)

Pactar un porcentaje del valor de los bienes que reciba el heredero, como honorario profesional correspondiente a la labor del procurador que logra la entrega de los bienes a su mandante, no implica cesión de parte alguna del derecho hereditario en ejercicio del cual se obtuvo la entrega: se trata de un simple factor de cálculo para liquidar el emolumento. (Casación Civil. Diciembre 14 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160-61) 747, 2ª

— 273 —

MANDATO JUDICIAL (El mandatario judicial acreditado para actuar en representación de una de las partes durante el juicio no necesita facultad expresa para recurrir en casación)

Si de los términos del memorial-poder no se desprende que el mandato judicial sólo fue conferido para la actuación en las instancias, el apoderado puede recurrir en casación sin facultad expresa para ello.

La ley establece que "el recurso de casación se interpone por medio de escrito que la parte misma o SU APODERADO, dirige al Tribunal que haya pronunciado la sentencia de cuya invalidación se trata" (C. J., 522). Según este precepto, es persona hábil el mandatario judicial de la parte interesada. Todo apoderado judicial lleva la representación de su mandante dentro del juicio, sin otras limitaciones que las señaladas precisamente en la ley o en el título de procuración. Por regla general, el mandatario judicial ejerce dentro del proceso todos los derechos que corresponden a la persona de su poderdante para la defensa de sus intereses ante el Juez o Tribunal. El apoderado judicial puede proponer excepciones dilatorias o perentorias, pedir pruebas y contrapruebas, promover incidentes, recibir notificaciones, renunciar términos, interponer recursos, alegar por escrito u oralmente, etc. Para que el apoderado judicial no pueda ejercitar determinado derecho procesal que corresponda a su poderdante, se necesita que por disposición especial de la ley o por restricción en el mandato, esté inhabilitado para hacerlo. El Código Judicial, por ejemplo, establece en el numeral 3º del artículo 465, que no puedan desistir "los apoderados que no tengan facultad expresa para ello". También puede ocurrir que el mandante haya restringido expresamente las facultades de su apoderado judicial, como por ejemplo, cuando en el memorial-poder se haya dicho que el mandatario sólo se constituye para intervenir en primera o segunda instancia, o para alegar oralmente ante el Tribunal, o para actuar en determinada diligencia del juicio. La ley no exige en parte alguna que para ejercitar el recurso de casación el apoderado necesite facultad expresa. Por el contrario, la manera como está redactado el artículo 522 del C. J., antes citado, confirma el concepto de que el apoderado judicial goza de las facultades necesarias para interponerlo y representar a su poderdante ante la Corte en la etapa subsiguiente. (Casación Civil. Diciembre 14 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160-61) .. 742, 1ª y 2ª

— 274 —

MEDIDAS DE SEGURIDAD (Reclusión en manicomio criminal)

El artículo 29 del Código Penal, hace una clasificación de las enfermedades mentales, en tres clases, a saber: enajenación mental, término genérico que corresponde a la locura, que se predica de la persona privada del juicio o del uso de la razón; intoxicación crónica producida por el alcohol o cualquier

otra substancia, y grave anomalía psíquica que abarca la grande zona de estados intermedios o fronterizos entre la enajenación mental propiamente dicha (locura) y la normalidad absoluta, los cuales se caracterizan por deficiencias mentales o psíquicas de carácter permanente unas, y transitorias otras.

Para esta clase de delincuentes —anormales—, la ley ha establecido un tipo especial de sanciones que se denominan "medidas de seguridad", incluyendo como principales, la reclusión en un manicomio criminal o en una Colonia Agrícola Especial, la libertad vigilada, el trabajo obligatorio, y prohibición de concurrir a determinados lugares públicos (artículo 61). La primera de estas medidas, manicomio criminal, se destina como centro de reclusión para alienados que cometen delitos sancionados con penas de presidio, o para aquellos enfermos de la mente que, sin ser alienados cometen el hecho en estado de intoxicación crónica producida por el alcohol o cualquier otra sustancia, o bajo la influencia de una grave anomalía psíquica, siempre y cuando su estado los haga especialmente peligrosos para la sociedad (artículo 63). En otros términos, la reclusión en manicomio criminal se aplica a los enfermos de la mente que sin ser alienados, y por estar comprendidos dentro del artículo 29 de la ley penal, revelan un gran índice de peligrosidad social, aun cuando el delito —para efectos de la represión— no tenga señalada pena de presidio.

Si al individualizar la medida, como en el caso de estudio, el Juzgador pretermite formalidades esenciales atinentes al estado de peligrosidad, o indistintamente aplica penas y medidas de seguridad, es natural que el fallo que tal determinación contenga, será violatorio de la ley penal, ora, porque la reclusión a Colonia Agrícola Penal cuando el sujeto revela estado de peligrosidad social no puede aplicarse, bien, porque las penas accesorias que contiene la sentencia no pueden imponerse a personas normales. (Casación Penal. Septiembre 27 de 1955. T. LXXXI Nos. 2157-58) . . . . . 304, 1ª y 2ª

— 275 —

MINISTERIO PUBLICO (Intervención de la Procuraduría en los recursos de casación interpuestos por los fiscales de los Tribunales)

A partir del 9 de abril de 1954, la intervención de la Procuraduría en los asuntos del conocimiento de la Sala Penal de la Corte cuando el recurso extraordinario ha sido interpuesto por los Fiscales de los Tribunales, ha quedado limitada a ampliar AD LIBITUM la demanda del recurrente, si para ello encuentra mérito suficiente.

Esta facultad, bien entendida, implica no sólo la de ofrecer más argumentos de los expuestos en el escrito respectivo o la de presentar otros motivos de casación dentro de la causal invocada —lo que equivaldría apenas a reforzarla— sino la de acudir a otras causales distintas de aquellas de que se valió el Fiscal. (Casación Penal. Agosto 31 de 1955. T. LXXXI Nos. 2157-58) . . . 253, 1ª

— N —

— 276 —

NEGACION (Sustancial y formal)

Un simple "no" —dicen los tratadistas— es una negación sustancial: pero si la negativa implica la afirmación de un hecho positivo, como cuando opone la imposibilidad de haber realizado el acto, la negación será formal. (Casación Penal. Noviembre 25 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160-61) 846, 1ª

— 277 —

NORMAS PROCESALES (Ni el juez ni las partes pueden introducirle modificaciones)

En tratándose de las normas procesales, no pueden las partes de común acuerdo, ni aun el juez por sí mismo, introducir modificaciones, sino en casos muy excepcionales. Con mayor razón es inadmisible que una sola de las partes o su abogado, se separe de las reglas de procedimiento. (Negocios Generales. Diciembre 15 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) 1.009, 1ª

— 278 —

NOTIFICACION (Comprende las dos calidades del notificado cuando se le demanda en su propio nombre y como representante legal)

Dirigida una demanda contra Pedro, personalmente, y como representante legal de otro, la notificación de aquélla comprende las dos calidades, aun cuando al hacerla no se especifique, porque no habría razón para desarticular el libelo, ni para excluír una de tales calidades, siendo así que se demandó comprendiéndolas ambas. (Casación Civil. Diciembre 14 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) 745, 2ª

— 279 —

NOTIFICACION (La notificación personal de que tratan los artículos 168 y 173 del C. de P. P. no se refieren a las actuaciones de casación y revisión)

La notificación personal de que tratan los artículos 168 y 173 del Estatuto Procesal se refiere a la tramitación ordinaria de los procesos en las correspondientes instancias, y en ningún caso a las actuaciones relacionadas con la CASACION y la REVISION que en los capítulos I y II del Título IV, Libro 3º, de la misma obra se reglamentan especialmente, bajo la común denominación de "Recursos Extraordinarios". (Casación Penal. Octubre 5 de 1955. T. LXXXI Nº 2159) 522, 2ª

— 280 —

NULIDAD (Por falta de representación en juicio de un menor adulto cuyo curador ad litem fue designado directamente por el juez

Véase "Curador ad litem" en el número 143 de este Indice.

— 281 —

NULIDAD (Por ilegitimidad de la personería en el apoderado de una de las partes)

La ilegitimidad de la personería en el apoderado de una de las partes ocurre cuando el que obra en representación de otro carece de poder o cuando el mandato judicial es imperfecto legalmente. No hay nulidad por ilegitimidad de la personería "cuando resulte claramente de los autos que el interesado ha consentido en que la persona que figura en el juicio como apoderado represente sus derechos, aunque carezca de poder, o éste no se halle arreglado a la ley" (C. J., artículo 450). Es motivo de casación haberse incurrido en causal de nulidad por ilegitimidad de la personería en el apoderado de una de las partes (G. J., artículos 448, ord. 2º, y 520, ord. 6º). La ilegitimidad de la personería en el apoderado de una de las partes es motivo de casación como error IN PROCEDENDO, no como error IN IUDICANDO, desde luego que la sentencia se acusa no con base en una violación de la ley sustantiva sino en un quebrantamiento de las normas procedimentales atinentes a la constitución regular de la relación jurídico-procesal. La ilegitimidad de la personería en el apoderado de una de las partes, vicia la relación jurídico-procesal por carencia de uno de los presupues-

tos procesales. Pero la Corte en jurisprudencia constante y reiterada ha dicho que sólo la parte indebidamente representada puede alegar en casación la nulidad del juicio por tal motivo. (Casación Civil. Octubre 13 de 1955. T. LXXXI Nº 2159) 425, 1ª

— 282 —

NULIDAD (Por error en la denominación jurídica de los hechos punibles)

El Tribunal incurrió en error en la denominación jurídica de los hechos punibles, al reputar como estafa lo que propiamente configura una falsificación de monedas. Y ese error implica nulidad sustancial en el proceso. (Casación Penal. Diciembre 16 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160-61) 920, 1ª

— 283 —

NULIDADES

No es posible decidir que unas mismas actuaciones judiciales son nulas respecto de una de las personas que forman una de las partes y al propio tiempo válidas en relación con las demás; la ley sólo autoriza la anulación parcial, tratándose de ilegitimidad de la personería, en el juicio de concurso de acreedores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 453 del código judicial que, por tener carácter realmente excepcional, no es susceptible de aplicación extensiva. (Casación Civil. Octubre 31 de 1955. T. LXXXI Nº 2159) 518, 1ª

— 284 —

NULIDADES

Las nulidades constitucionales y legales aluden exclusivamente a la prosecución regular de los juicios: sólo cuando en éstos se han producido pueden ellas alegarse en casación (causal 4ª), y ello no para que la Corte las declare, sino para devolverle al Tribunal de origen el proceso, de conformidad con lo previsto en el ordinal b) del artículo 570 del C. de P. P. (Casación Penal. Octubre 5 de 1955. T. LXXXI Nº 2159) 522, 2ª

— 285 —

NULIDADES (Quien pide la declaración de nulidad de un juicio por no haber sido notificado legalmente, debe demostrar que fue parte en el juicio y que se omitió hacerle la notificación legalmente)

Quien acude ante la justicia para pedir que se declare nulo un juicio por no haber sido notificado legalmente, está en la obligación de demostrar que fue parte en el juicio y que se omitió hacerle la notificación legalmente; y la única forma de demostrarlo es presentando al juicio ordinario los documentos fidedignos que tales cosas establezcan. Estos documentos no pueden ser otros que el expediente mismo que contiene el juicio cuya nulidad se pide; en ésta materia no puede aceptarse como prueba la manifestación que hagan quienes intervinieron en el litigio, en el sentido de que se omitió el cumplimiento de cualquiera de los requisitos que la ley exige para la debida tramitación de los juicios. Tal declaración no es una confesión como equivocadamente lo estima el Tribunal, porque no se trata del reconocimiento de un hecho propio de quien lo hace y que le es perjudicial. (Casación Civil. Octubre 13 de 1955. T. LXXXI Nº 2159) 434, 2ª

— 286 —

NULIDAD (Nulidad por error en cuanto al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido)

La causal de nulidad por haberse incurri-

lo en error en cuanto al nombre o apellido de la persona y responsable o del ofendido, tiene como fundamento esencial un principio de equidad y de justicia, consistente en evitar que personas inocentes, por un error de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional, sean injustamente condenados. El error puede provenir de un concepto equivocado o de un juicio falso en relación con el nombre y apellido de la persona responsable o del ofendido; en el primer caso, la responsabilidad se predica de un sujeto que sin haber cometido el hecho, y sin haber sido sometido a juicio, injustamente se le condena; en el segundo, el error consiste en declarar como ofendido —sujeto pasivo del delito— a persona que no ha sufrido ningún daño que afecte su integridad personal o patrimonial, errores que pueden ser la resultante de una fatal homonimia entre las personas sujetas a responsabilidad o la que lleva el carácter de ofendida y aquella que por una accidental coincidencia lleva el mismo nombre o apellido.

La nulidad proveniente de esta causal, no tiene ninguna importancia jurídica como sistema para invalidar la actuación, cuando en las constancias procesales y por los medios que la ley señala se demuestra la identidad de las personas, bien sea del responsable o del ofendido. Identidad de ser una misma la persona que se responsabiliza o declara ofendida, con aquella que por una u otra circunstancia lleva dos o más nombres o apellidos, o que por figurar con determinado nombre en el registro civil o eclesiástico o en el trato familiar, a la postre —identificadas— resultan ser las mismas a quienes en el proceso penal se declara como responsables o como ofendidas. Despejada la duda, aclarada la confusión y establecida la identidad física de la persona, la nulidad —se repite— no tiene ninguna operancia jurídica, como sistema para invalidar la actuación procesal. (Casación Penal. Octubre 15 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159) 526, 1ª

— 287 —

NULIDADES (Nulidad por error en la denominación jurídica del delito)

La nulidad proveniente de haber incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, sólo se estructura cuando el llamamiento a juicio se hace por un delito que no corresponda a la denominación que le dá el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título cuando éste no se divide en capítulos, sin determinar dentro del GENERO DEL DELITO LA ESPECIE A QUE PERTENEZCA, ni señalar el artículo especial que se considere aplicable. El género del delito es la denominación común que la ley sustantiva asigna a determinados hechos; el género, término empleado por la ley, es lo que siendo común a varios delitos no corresponde especial o privativamente a uno de ellos, para distinguirlo específicamente con exclusión de los otros.

En la denominación genérica del delito se comprende el hecho base sancionado por la ley, como homicidio, lesiones personales, robo, estafa, violencia carnal, y dentro de ese género, factor dominante del hecho, se encuentran catalogadas las distintas especies o modalidades específicas del delito que abarca la denominación genérica; así en el género homicidio, se catalogan las especies de homicidio agravado, preterintencional, concausal, culposo o por piedad, lo mismo ocurre con los otros delitos, y para el caso, en la denominación genérica "de violencia carnal" está la denominada por los autores "violencia carnal ope legis".

Lo que la ley exige es que en la parte motiva del auto de proceder se determinen y especifiquen las condiciones y características que tipifican el hecho dentro del género

respectivo. En dicho pasaje es en donde se analizan las pruebas que demuestran el cuerpo del delito y la imputación que se hace al procesado, ya que la parte motiva del auto de proceder puede ser modificada, ora por el Juri —juicios por jurado— o bien por el Juez —juicios de derecho— de acuerdo con las pruebas que se alleguen al proceso. Lo inmodificable —ha dicho la Corte—, es la parte resolutiva del auto de proceder; cuando el llamamiento a juicio está equivocado por error en la denominación jurídica del delito, el proceso es nulo. (Casación Penal. Octubre 15 de 1955. T. LXXXI Nº 2159) 527, 1ª y 2ª

— 288 —

NULIDADES CONSTITUCIONALES (En la redacción de los cuestionarios que se someten al jurado)

Las nulidades de origen constitucional no se consagran en beneficio exclusivo de las personas sometidas a juicio penal. Ellas —las nulidades constitucionales —protegen tanto el interés privado como el público en la tramitación de los procesos, a fin de que, en ellos se observe "la plenitud de las formas propias de cada juicio". Esta norma (artículo 26 de la C. N.) es de orden público, su vigencia no está condicionada al interés favorable de las partes, su cumplimiento interesa por igual a los fines del Estado como titular de la acción penal, y al procesado como sujeto pasivo de la misma; por esto es por lo que, cuando el juicio se adelanta sin el cumplimiento de las ritualidades legales, se incurre en un vicio de nulidad sustancial que afecta el proceso; nulidad que no se funda en la pretermisión de una disposición legal, sino en la violación de una norma de superior jerarquía, como es la Constitución Nacional.

Así, pues, si al Jurado se preguntó, por una parte, si el acusado era responsable de "haber perpetrado un delito de homicidio imperfecto", y por otra, se omitió formular la pregunta atinente al "propósito de matar", elemento constitutivo de la tentativa y del delito frustrado (modalidades del delito imperfecto de homicidio), el Juez pretermitió en la redacción del cuestionario las normas del artículo 28 de la ley 4ª de 1943, lo que equivale a decir, que el proceso se tramitó sin observar la "plenitud de las formas propias del juicio", es decir, se incurrió en un vicio de nulidad constitucional, y ella debe ser declarada.

La circunstancia de que se trate de un segundo veredicto y de que "éste por ser de segundo jurado es definitivo" no es motivo que impida declarar la nulidad, porque si el proceso es nulo, toda la actuación queda afectada de invalidez. Lo que la ley impide es dictar sentencia sobre un proceso viciado de nulidad, lo que faculta, es declarar las nulidades —máxime las de orden constitucional— en cualquier estado del proceso. (Casación Penal. Noviembre 10 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) .... 813, 1ª y 2ª

— 289 —

NULIDADES CONSTITUCIONALES (Se diferencian de las del C. de P. P.)

Sostiene el señor Agente del Ministerio Público, la tesis consistente en afirmar que todas las informalidades no expresamente enumeradas en los artículos 198 y 199 del C. de P. P. se reducen, en su sentir, a una sola: la incompetencia de jurisdicción. A ese resultado llega tras una especie de entinema en el que la premisa base de ese silogismo abreviado es la siguiente: "el juez carece de jurisdicción al ejecutar un acto que la Ley le ha prohibido o que no le ha permitido". Lo cual quiere decir que "las llamadas nulidades constitucionales no son tales, sino vicios del procedimiento, de tal naturaleza, que hacen perder jurisdicción al Juez, cuya

actuación subsiguiente, por ende, carece de valor jurídico".

A este propósito replica el opositor con mucho acierto diciendo: "Si se toma el cuidado de leer el artículo 26 de la Carta, se evidencia que es el poder constituyente el primero en tener como conceptos distintos e independientes la competencia y las formas propias del juicio. Y en desarrollo de este precepto el artículo 198 del C. de P. P. separó la competencia de las formas, en vez de haber dado una causal única y un repertorio de sus modalidades". Y añade, a manera de remate, esta consideración: que si las formas procesales se confundieran con la jurisdicción, la enmienda de lo indebidamente tramitado no la podría ordenar quien incurrió en la informalidad, porque al hacerlo ejecutaría un acto jurisdiccional de que carece, si es que puede seguirse sosteniendo la tesis de la Procuraduría. (Casación Penal. Diciembre 10 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) ... ... 882, 1ª y 881, 1ª

— 290 —

NULIDADES CONSTITUCIONALES (Están instituídas en favor del procesado o de parte legítima)

El opositor a que se invalide la sentencia del Tribunal, le atribuye a la Sala Penal de la Corte el haber abandonado la doctrina según la cual "las nulidades procesales están establecidas precisamente en favor del enjuiciado y sólo para evitar que se le juzgue con arbitrariedad".

Conviene registrar aquí la parte pertinente de la fechada el 2 de agosto de 1948, en la cual se dijo: "Y, es necesario repetirlo, únicamente cuando la informalidad es sustancial o afecta vitalmente el procedimiento previo a la decisión, en manifiesto daño del acusado O DE PARTE LEGITIMA (subraya la Sala), es cuando puede decirse que el imperio de la Constitución se ha quebrantado, y es preciso restablecerlo".

O DE PARTE LEGITIMA. — Conviene no perder de vista la extensión de la doctrina, porque ella le quita toda su fuerza al argumento de que sólo es nulo un proceso cuando se menoscaba el derecho del procesado, que es una parte del juicio penal, pero no la única, puesto que el Ministerio Público, que representa los intereses de la sociedad y cuya misión estriba en velar porque se castiguen los delitos, es decir, en que se cumplan los fines de la justicia, es parte legítima y no está colocada, por lo tanto, en condiciones de inferioridad en el proceso penal, que es una relación de derecho y no actuación unitaria en donde lo único que prevalezca sea la situación de quien con el delito violó el orden social establecido. (Casación Penal. Diciembre 10 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) 883, 1ª

— 291 —

NULIDADES CONSTITUCIONALES (Son de carácter excepcional)

Aparte de las nulidades previstas en los artículos 198 y 199 del C. de P. P., de las cuales unas son absolutas y relativas otras, lo que quiere decir que para hacerlas valer es preciso cumplir los requisitos que los mismos artículos que la consagran le imponen a las partes, la jurisprudencia ha convenido en ampliar un poco la órbita limitada en la Ley con respecto a esta materia; y así han surgido en los debates de casación las llamadas "nulidades constitucionales", porque tienen su origen en una norma del estatuto fundamental que traza pautas insalvables para los juzgamientos, entre las cuales y como de carácter más radical y sustantivo figuran estas dos: ley anterior al delito y tribunal competente. Pero también ordena que se observen las "formas propias del jui-

cio", que no pueden ser otras que las establecidas en las leyes procesales.

De manera que esta clase de nulidades, que miran a las garantías de los procesados y a que se cumplan las reglas que los presiden, son de índole excepcional y, como tales, únicamente pueden admitirse cuando la pretermisión se traduzca en un perjuicio cierto demostrable para los intereses de la justicia, como sería, por ejemplo, el haberse adelantado el proceso sin escuchar al sindicado o a quien debía representarlo.

En sentencia de 2 de agosto de 1948, dijo la Corte: "Lo que se ha tratado de salvar, al admitir que fuera de las nulidades indicadas en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, existen o pueden existir otras que provienen de la voluntad del supremo legislador, es la garantía de que debe estar rodeado el procesado en el juicio penal, para evitarle todo aquello que pueda quebrantarla o mermarla, y ser entonces la sanción que respecto de su hecho recaiga el resultado de una serie de diligencias arbitrarias, que por su índole no conduzcan a probar la verdad, o que siembre el desconcierto o la incertidumbre, o que se aparten notablemente y en menoscabo del infractor de las fórmulas imperantes en el juicio, para que éste tenga un desarrollo normal. Pero es claro que no de toda irregularidad o pretermisión puede predicarse el vicio que lo afecte en su fundamento. Porque si así fuera, se le daría el carácter de general a lo que solamente por su condición de extraordinario puede considerarse con valor suficiente para anular el proceso. Y, es necesario repetirlo, únicamente cuando la informalidad es substancial o afecta vitalmente el procedimiento previo a la decisión, en manifiesto daño del acusado o de parte legítima, es cuando puede decirse que el imperio de la Constitución se ha quebrantado, y es preciso restablecerlo". (Casación Penal. Diciembre 7 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160-61) 874, 1ª y 2ª

— 292 —

NULIDAD DE UNA ASIGNACION TESTAMENTARIA

Véase el aparte **Asignación testamentaria** en los números 45, 46 y 47 de este Indice.

— 293 —

NULIDAD POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

La incompetencia de jurisdicción no constituye nulidad sino cuando es improrrogable. (Casación Penal. Diciembre 7 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160-61) 876, 1ª

— 294 —

NULIDAD Y REVOCACION (Diferencias)

Anular no es lo mismo que revocar, pues si producen iguales resultados en la práctica, es decir, en cuanto que por cualquiera de esos medios se extingue aquello sobre que recae la declaración de nulidad o la revocación, en cambio se diferencian en los efectos jurídicos que producen y en el alcance que cada uno de ellos tiene. El primero obra hacia adelante con propósito de saneamiento de toda una actuación que se considera inválida —aunque virtualmente no lo sea en sí misma—, por tener una base informal o anómala; y, por lo tanto, es improcedente salvar trámites que se hallan dentro del espacio en que la nulidad opera legalmente. El segundo, que es un medio judicial de remediar lo que se opone a la Ley, tiene un efecto concreto, circunscrito a la providencia de la cual se reclama o que ha sido consultada, y no va más allá, ni explícita ni implícitamente, de su objetivo determinado. (Casación Penal. Diciembre 7 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160-61) ... .875, 1ª

— 0 —

— 295 —

OCUPACION DE LA PROPIEDAD PRIVADA CON OCASION DE TRABAJOS PUBLICOS

En numerosas ocasiones, la Sala de Negocios Generales, inspirándose en altos principios de conveniencia pública, ha sostenido la doctrina de que cuando un inmueble de propiedad privada ha sido definitivamente incorporado a un servicio público, no debe decretarse la restitución al propietario, para evitar los graves trastornos que la restitución produciría en el normal funcionamiento de los servicios públicos; pero en el bien entendido de que esta doctrina no significa ni puede significar un desconocimiento soslayado de la garantía constitucional de la propiedad privada ni entenderse como la consagración de un modo extralegal de adquirir el Estado bienes ajenos por fuera de los cauces legales, sin indemnizar plenamente al propietario. De donde resulta que si el propietario reconocido como tal por la autoridad judicial competente no obtiene la restitución de su inmueble por las razones de conveniencia pública de que se ha hecho mérito, el derecho de dominio en sí mismo lleva implícita la correlativa obligación a cargo del Estado de pagar a aquél el valor del inmueble que se ha incorporado al patrimonio público. (Negocios Generales. Septiembre 8 de 1955. T. LXXXI Nos. 2157-58) 332, 1ª y 2ª

— 296 —

OCUPACION DE HECHO (Acción del propietario contra la Administración pública)

La Sala considera que no tiene asidero legal ni jurídico la tesis de que para desatar los litigios ocasionados por una ocupación de hecho, deba procederse en la forma establecida para la expropiación directa, autorizada por el artículo 30 de la Carta.

Frente al hecho cumplido de la ocupación anterior de un inmueble sin los requisitos constitucionales y legales de la expropiación, se resuelve legalmente ante la justicia mediante el juicio ordinario que tienda a reivindicar la propiedad para su legítimo dueño. No por el procedimiento, inadmisible, de que el particular deba impetrar la declaración de utilidad pública o interés social de la obra que ha de ejecutarse o se ejecutó ya en su predio, y obtener que se promueva luego contra él un juicio de expropiación para lograr en el mismo que se reconozca la indemnización correspondiente. Esto dejaría a merced de la entidad pública la defensa particular del derecho de dominio. El propietario de un inmueble de que no está en posesión, puede reivindicar. Dentro de esta regla, es lícito que se coloque la persona que ha sido afectada por causa de ocupación de hecho que la ha privado de la posesión.

La acción pertinente, es pues, la consagrada en el título de la reivindicación, o sea la que tiene el dueño de una cosa de que no está en posesión para que el poseedor de ella sea obligado a restituírla, pero con la modalidad especial para casos como el de estos autos de que el inmueble no puede volver al dominio privado, por el servicio público a que se le destinó, sino que debe reconocérsele y pagársele a su dueño el valor que legalmente le corresponda. Así lo tiene definido la Corte en numerosos fallos. (Negocios Generales. Septiembre 21 de 1955. T. LXXXI Nos. 2157-58) ... . 339, 2ª y 340, 1ª

— P —

— 297 —

PAGARE (Requisitos de este instrumento negociable)

Para que un pagaré sea instrumento negociable debe reunir los siguientes requisitos: a) Que se trate de una promesa incondicional de pagar; b) Que conste por escrito; c) Que sea hecho por una persona a otra; d) Que sea firmado por la persona que hace la promesa; e) Que el objeto de la promesa de pagar sea una suma cierta de dinero; f) Que el pago se haga a la presentación o a un término fijo o determinable; g) Que la promesa de pago sea "a la orden" o "al portador". Según lo anterior, la cláusula expresa "a la orden" o "al portador" es elemento esencial para que el instrumento sea negociable. Por medio de tales palabras se autoriza formalmente la negociabilidad del instrumento. De acuerdo con el Art. 12 de la Ley 46 de 1923, el instrumento es pagadero "a la orden" en dos casos: a) Cuando debe cubrirse a la orden de una persona determinada; b) Cuando debe cubrirse a una persona determinada o a su orden. La doctrina acepta que la cláusula "a la orden" o "al portador" puede ser sustituída por otras de significado equivalente, o sea, expresiones de las cuales se infiera indudablemente la voluntad del otorgante del pagaré, en el sentido de hacerlo negociable. Si los términos empleados en el texto del instrumento indican claramente el pensamiento o la intención del otorgante al respecto, podrá darse por omitida la fórmula "a la orden" o "al portador". Tal conclusión de la doctrina encuentra apoyo en la norma del artículo 14 de la Ley 46 de 1923, según la cual "no es necesario que el instrumento se acomode textualmente al lenguaje de esta ley; cualesquiera términos que indiquen claramente la intención de conformarse a sus prescripciones son adecuados". Y aun cuando aquella norma coincide en cierta manera con la contenida en el artículo 1618 del C. C. en materia de interpretación de los contratos, conforme al cual "conocida claramente la intención del los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras", ha de observarse que dado el principio de literalidad, dominante en el derecho cambiario como seguridad de la circulación del instrumento negociable, éste habrá de interpretarse siempre por los términos del escrito que lo contenga. Por lo que se comprende que la tarea interpretativa del juzgador habrá de ser predominantemente objetiva. (Casación Civil. Diciembre 15 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) ..... 771, 1ª y 2ª

— 298 —

PAGARE (La cláusula "a la orden" o "al portador")

Si en un pagaré no aparece la cláusula "a la orden" o "al portador" y en él se contienen expresiones que razonablemente dan lugar a interpretaciones contrarias sobre la intención de los otorgantes de crearlo como instrumento negociable, la decisión del tribunal que rechaza este carácter al pagaré, no puede acusarse por manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba. (Casación Civil. Diciembre 15 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160-61) 772, 2ª

— 299 —

PARTICION (Valor de la hecha unánimemente por los copartícipes)

La Corte reitera la doctrina conforme a la cual las reglas legales sobre la manera de efectuar la partición de bienes hereditarios quedan sin aplicación cuando los copartícipes acuerdan legítima y unánimemente una cosa distinta de lo que en ellas se establece.

(Artículos 1391 y 1392 del Código Civil). (Casación Civil. Agosto 31 de 1955. T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) 99, 2ª

— 300 —

PARTICION (Efectos)

La partición de la masa hereditaria tiene el efecto retroactivo señalado en los artículos 779 y 1401 del C. C. Este efecto consiste en que se tenga por efectuada, no en la fecha de su aprobación por el juez o de su verificación extrajudicial, sino el día de la delación de la herencia, que generalmente coincide con la de la muerte del causante, según los artículos 1012 y 1013 ib. Por tanto: primero, no hay descontinuidad entre la propiedad y la posesión del DE CUJUS y la propiedad y la posesión del heredero, ya que éste es el continuador de la persona de aquél; segundo, queda borrado jurídicamente el tiempo de comunidad o indivisión que realmente haya existido entre la muerte del causante y la partición de los bienes; y tercero, cada heredero se reputa no haber tenido jamás parte alguna en los bienes distribuídos a los demás copartícipes. (Casación Civil. Octubre 31 de 1955. T. LXXXI Nº 2159) .. 511, 2ª

— 301 —

PARTICION (Su efecto retroactivo en relación con la adquisición de los bienes herenciales)

El efecto retroactivo de la partición sitúa la adquisición de los bienes distribuídos, en la fecha de la muerte del causante, porque es la muerte el punto de partida de un modo de adquirir cuya finalidad es poner en cabeza del sobreviviente los bienes del sujeto fallecido. En consecuencia, es jurídicamente imposible que la partición, así retrotraída al día de la muerte, sea un acto que transfiera derechos o bienes entre los coherederos. (Casación Civil. Octubre 31 de 1955 T. LXXXI Nº 2159) 511, 2ª

— 302 —

PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD (Diferencia fundamental entre las dos)

Entre las penas y medidas de seguridad hay una diferencia fundamental: las primeras son determinadas cuantitativamente en su máximo y en su mínimo, son verdaderas sanciones represivas, se predican para hombres libres con dominio de sus facultades y plenamente imputables; las segundas, son indeterminadas en su máximo y determinadas en su mínimo; con la indeterminación —tiempo indefinido— juega íntimamente el factor peligrosidad de los anormales en su condición de alienados, intoxicados crónicos o sujetos que padecen de graves anomalías psíquicas, capacidad de peligrosidad que desaparece cuando terminan las causas generadoras de ellas; las medidas de seguridad no tienen el carácter técnico de penas, sino más bien de sistemas preventivos, porque al hacerlas efectivas colocan a la persona en imposibilidad de cometer un nuevo delito, medidas que se aplican a sujetos que por cualquier circunstancia o eventualmente se hallan fuéra de la psiquis normal.

Sería pertinente la aplicación de reclusión en una Colonia Agrícola Especial que contiene el fallo, siempre y cuando el acusado no revelara ningún índice de peligrosidad social; pero como el dictamen médico legal, base del cuestionario, veredicto y sentencia, contiene en sus conclusiones la afirmación de que el acusado es "un epiléptico psíquico-larvado" con síntomas permanentes, y que por esa circunstancia el hecho se cometió en estado de grave anomalía psíquica, acto que "puede considerarse como una crisis impulsiva, verdadero equivalente del estado convulsionante, siendo un individuo que entra-

ña gran peligrosidad social", la medida de seguridad aplicable al caso —se repite— no es la reclusión a una Colonia Agrícola Penal, sino la de reclusión en un Manicomio Criminal, medida que comprende no sólo a los alienados, sino, también, a las personas que delinquen en estado de grave anomalía psíquica, cuando, por otra parte, revelan una gran peligrosidad social (artículo 63). (Casación Penal. Septiembre 27 de 1955. T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) 304, 2ª y 305, 1ª

— 303 —

PERITAZGO (Facultad de apreciación del juez de instancia)

La prueba pericial no obliga sino mediante la valuación jurídica del Juez, que es a quien corresponde, en definitiva, determinar el valor probatorio del peritazgo. Pero esta facultad judicial de apreciación fundamental del peritazgo no autoriza, tratándose de avalúo o de cualquiera regulación en cifra numérica, para que los Magistrados o Jueces procedan a fijar el precio o la estimación de las cosas que deben ser apreciadas o estimadas para decidir la controversia, con prescindencia o alteración del dictamen pericial, como lo establecía el código derogado. (Casación Civil. Octubre 20 de 1955. T. LXXXI Nº 2159) 451, 1ª

— 304 —

PERITAZGO (Artículo 721 del C. J.)

Cuando hay desacuerdo entre los dos peritos, por divergir en la conclusión del valor, relacionando el artículo 721 con el 716 del C. J., la intervención del perito tercero puede plantear una de estas dos situaciones cuando no adhiere al dictamen de uno de los principales: si las tres cifras del avalúo son distintas y la diferencia entre las dos extremas no excede del cincuenta por ciento de la cantidad menor, el Juez queda obligado, naturalmente si se llenan también las condiciones generales, por el medio aritmético, esto es, la cifra que resulte de dividir por tres la suma de las tres cantidades. En el caso de que la diferencia entre las cifras extremas de los tres avalúos exceda de la cantidad menor, es el único evento en que el Juez tiene facultad legal para hacer la regulación que estime equivalente conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso, o para decretar de oficio otro avalúo por medio de peritos que él designe. (Casación Civil. Octubre 20 de 1955. T. LXXXI. Nº 2159) 451, 1ª

— 305 —

PERITAZGO (No obliga forzosamente al juez)

El trabajo pericial no obliga forzosamente la aceptación del Juez porque éste tiene un amplio campo de crítica dentro del cual puede actuar. (Casación Civil. Noviembre 18 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) .. 625, 2ª

— 306 —

PERJUICIOS (Acción nacida de responsabilidad contractual y extracontractual. Diferencia entre estas clases de perjuicios)

Siendo transmisible la acción de perjuicios nacida del contrato y teniendo el causahabiente la facultad de elegir entre dicha acción y la acción personal, el heredero está en la posibilidad de demandar los perjuicios correspondientes a una o a otra acción, esto es, perjuicios distintos por su entidad jurídica específica. Distintos por el ORIGEN de los mismos, ya que en un caso nacen de la culpa contractual, y en el otro, del hecho ilícito; por la CAUSA que los produce, que en el primer caso es la inejecución de la prestación convencional determinada, al paso

que en el segundo es la inobservancia de una regla genérica de buen obrar; por el OBJETO que persigue su reconocimiento: restablecer, en un caso, el equilibrio entre los intereses preconstituídos, concretos y cabales vinculados al contrato, y en el otro, reparar el quebranto causado al interés personal, solitario y autónomo de la víctima; por el SUJETO que puede exigirlos, que en aquél es el contratante agraviado por el incumplimiento de la obligación estipulada, y en éste, cualesquiera personas afectadas por la conducta del autor; por la prueba del HECHO que los genera, que en la responsabilidad contractual se logra con la prueba del contrato, en tanto que en la aquiliana se ha de demostrar, presuntiva o directamente; por la EXTENSION de los mismos perjuicios, pues en un caso no comprenden sino los previsibles, salvo mala fe del infractor, en tanto que en el otro comprenden tanto los previsibles como los imprevisibles; por el PATRIMONIO que afectan, que es el de la víctima inicial, demandados por ésta directamente o por sus sucesores, en la responsabilidad contractual, o el propio y exclusivo de los damnificados, en la aquiliana; por PECULIARIDADES tales como la compensación de culpas, que en la responsabilidad extracontractual puede reducir o anular la pretensión de reparación, mientras que en la contractual no actúa; como los lapsos de la prescripción extintiva, muy diferentes en uno y otro caso, etc. etc.

Estas diferencias y otras más, especifican e individualizan los perjuicios, de manera que no puede haber confusión y menos aún identidad entre una y otra especie. No es óbice a esta especificación e individualización, la circunstancia de tratarse de un mismo hecho, objetivamente considerado, ni tampoco el que las dos acciones concurran en un mismo sujeto con facultad de elegir, porque no se identifica al heredero, continuador de la persona del **de cujus**, partícipe en la universalidad herencial y cuya legitimación en causa le viene de su interés en la herencia, con el sujeto individual e independiente, que obra por sí y para sí y cuya legitimación en causa radica en su interés exclusivo lesionado. (Casación Civil. Septiembre 27 de 1955. T. LXXXI Nos. 2157-58) 176, 2ª y 177, 1ª y 2ª

— 307 —

PERJUICIOS MORALES SUBJETIVOS

El Juzgador de instancia no debe ordenar que se liquide el perjuicio moral subjetivo por medio del procedimiento del artículo 553 del C. J., pretextando un orden o método sin apoyo lógico, legal o doctrinal, ya que al sentenciador corresponde regular el monto de este perjuicio, dentro del límite señalado en el artículo 95 del C. P. (Casación Civil. Septiembre 27 de 1955. T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) 187, 1ª

— 308 —

PERSONERIA JURIDICA (Cómo se adquiere)

La calidad de persona jurídica se adquiere por creación legal o por reconocimiento administrativo, según sea la naturaleza de la asociación o entidad de que se trate. Las personas jurídicas de creación legal, conforme al artículo 80 de la ley 153 de 1887, son las entidades de derecho público, nación, departamentos y municipios; los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública, y las corporaciones creadas por la misma ley. Las demás asociaciones, de carácter civil, comercial o gremial, adquieren la categoría de personas jurídicas, mediante ciertos requisitos, por reconocimiento del órgano ejecutivo. (Negocios Generales. Noviembre 7 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160-61) 922, 2ª

— 309 —

PERSONA JURIDICA (Cuándo no se disuelve o desaparece)

El cambio de nombre o razón social, la división del capital y demás reformas que se acordaron, no son de tal naturaleza, en la entidad social, que su cambio o modificación implique la disolución de ella o la desaparición de la persona jurídica creada por el contrato mismo, según se desprende de las normas que regulan la creación y extinción de las sociedades. (Negocios Generales. Septiembre 21 de 1955. T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) 338, 2ª

— 310 —

PETICION DE HERENCIA (Es acción del heredero en su propio nombre)

La acción de petición de herencia, consagrada en el artículo 1321 del Código Civil, es acción cuyo ejercicio corresponde al heredero y no a la sucesión, esto es, debe ser propuesta por el heredero en su propio nombre, de tal manera que si hay varios herederos no puede uno solo de ellos asumir la representación de los demás. (Casación Civil. Agosto 31 de 1955. T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) .. 99, 1ª

— 311 —

PETICION DE HERENCIA (Acción de)

Aun cuando generalmente se afirma que la acción de petición de herencia no es divisible, es lo cierto que por el aspecto PERSONAL, en cuanto se discute el reconocimiento de un estado civil entre demandante y demandado, "cuando la acción se entable por diversos interesados, cada uno obra dentro de los límites de su propio interés y por su cuenta, sin representar a los demás, y sin que a éstos favorezca o perjudique la actitud de los otros en el juicio". (Planiol y Ripert, "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", Tomo IV, número 322, pág. 383). De lo anterior se concluye que si varios interesados, alegando el reconocimiento de un estado civil determinado, promueven la acción de petición de herencia contra quien la ocupa por virtud de un título concurrente, y sólo logran demostrar su calidad de herederos, varios de los demandantes, no por esto se disminuye el derecho hereditario de los demandantes que acreditaron su estado, ni se aumenta el derecho hereditario del demandado que sólo demostró un título concurrente. Es la ley que señala la vocación hereditaria, la que determina los derechos de los sucesores enfrentados e indica en consecuencia la cuota de lo que debe restituír, en cada caso. (Casación Civil. Octubre 13 de 1955 T. LXXXI Nº 2159) 425, 2ª y 426, 1ª

— 312 —

PETROLEOS - MINAS (Competencia para conocer de estos negocios)

De acuerdo con las normas especiales que regulan las oposiciones a las concesiones mineras. (Ley 85 de 1945) y también con las disposiciones de las Leyes de petróleos, 37 de 1931 y 160 de 1936 antes de ser modificadas por la Ley 18 de 1952 y el Decreto número 1056 de 1953, se le vino a dar competencia indiscutible a los tribunales superiores de distrito judicial, para conocer de las demandas que pudieran presentar los propietarios particulares de minas o de terrenos que consideran vulnerados sus derechos con los contratos celebrados por la Nación, para explorar y explotar petróleo o para explorar y explotar yacimientos de metales preciosos o de metales no preciosos o sustancias minerales no metálicas de la reserva nacional. (Negocios Generales. Agosto 16

de 1955. T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) 317, 1ª

— 313 —

PETROLEOS - MINAS (Cuando se invoca propiedad contra concesiones mineras o petrolíferas, la controversia no tiene origen contractual)

Cuando un propietario privado invoca su condición de tal, frente a concesiones mineras o petrolíferas, la exclusión del terreno o de la mina que él alega como propios, es puramente consecuencial y, por tanto, no puede sostenerse la tesis de que la controversia tenga su origen en el contrato celebrado por la Nación, el cual sólo queda como mera ocasión para el pleito. (Negocios Generales. Agosto 16 de 1955. T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) 318, 2ª

— 314 —

PETROLEOS (Condiciones de la acción ordinaria cuando ha mediado sentencia en juicio breve y sumario)

Para que sea admisible la acción ordinaria sobre dominio del petróleo, cuando ha mediado sentencia previa en juicio breve y sumario, se requieren dos condiciones: identidad de objeto e identidad jurídica entre las personas de los litigantes. La identidad del objeto se refiere al inmueble en cuyo subsuelo puede encontrarse el petróleo en disputa, de modo que no es viable la acción nueva si ella se refiere a terrenos distintos de los comprendidos en la oposición que fue decidida por la sentencia del juicio breve y sumario. (Negocios Generales. Agosto 29 de 1955. T. LXXXI Nos. 2157-58) . . 324, 2ª

— 315 —

PETROLEOS (El opositor vencido en el juicio breve y sumario puede proponer el ordinario dentro de los dos años siguientes)

Quienes oportunamente ejercitaron el derecho de oponerse a la propuesta de contrato, pueden demandar a la Nación en juicio ordinario dentro de los dos años siguientes a la ejecutoria del fallo de la Sala de Negocios Generales que les haya sido adverso en el juicio breve y sumario a que daba origen la oposición misma. Sólo los opositores vencidos en ese juicio sumario pueden utilizar el término de dos años para litigar contra la Nación en juicio ordinario a fin de que se declare si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos objeto de la oposición, que a su vez se hallen comprendidos dentro de los linderos de la respectiva propuesta de contrato. (Negocios Generales. Agosto 29 de 1955. T. LXXXI Nos. 2157-58) ... . 324, 1ª y 2ª

— 316 —

PETROLEOS (Identificación del terreno objeto de la controversia)

La Sala de Negocios Generales de la Corte, en numerosos fallos, ha sostenido que es requisito fundamental y previo, sin el cual no pueden prosperar demandas de esta clase (la demanda se motivó por haber aceptado el Ministerio del ramo una propuesta para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional), el de la conveniente determinación del terreno, cuyo petróleo se reclama como de propiedad privada frente al Estado, determinación que debe servir para resolver tres problemas que son: concretar el objeto de las pretensiones de los demandantes, en cuyo defecto no sería satisactoria la prueba del interés, fundamento de la acción; en segundo lugar la manera como el dominio ac-

tual de los terrenos se conecta con el que existió antes de 1873, a fin de dejar establecido que el acto o hecho jurídico correspondiente tiene un objeto claro sobre el cual se constituyó el derecho que en la actualidad se reclama y, finalmente, que los terrenos a que se refiere la demanda se encuentran comprendidos, en todo o en parte, por los del área de la propuesta del contratista a la Nación. Este último elemento es tan trascendental como el primero, por ser parte integrante del interés de la acción, vulgarmente llamado personería sustantiva. (Negocios Generales. Septiembre 27 de 1955 T. LXXXI Nos. 2157-58) 345, 1ª

— 317 —

POLICIA (Conocimiento de los delitos cometidos por vigilantes de cárceles)

El artículo 5º del Decreto número 3518 de 1949, incorporó a la Policía Nacional los Cuerpos de VIGILANCIA DE CARCELES, y éstos no son otros que aquellos que expresamente determina el artículo 6º del Decreto número 966 de 1937, o sea los Jefes y Oficiales de Guardia, los Inspectores y sub-Inspectores y los Guardianes. Sólo a éstos —Cuerpo de Vigilancia de Cárceles—, por regla general, les son aplicables para su juzgamiento las disposiciones contenidas en los Decretos números 3518 de 1949, 1314 de 1953 y 1426, de 1954. En otros términos, la Justicia Penal Militar sólo tiene jurisdicción y competencia para juzgar los delitos cometidos por el personal que integra los cuerpos de vigilancia de las Cárceles cuando se halla en servicio activo. En los demás casos, y para el personal que no se halla incluído dentro de esa modalidad, la competencia es de la justicia penal ordinaria. (Casación Penal. Agosto 20 de 1955. T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) ... ... 235, 2ª y 236, 1ª

— 318 —

POLICIA (Conocimiento de los delitos cometidos por agentes de policía)

Para que los miembros de las Fuerzas Armadas de la Policía Nacional puedan gozar del fuero militar a que dan derecho los Decretos mencionados, se requiere que los delitos imputados se hayan realizado dentro de las modalidades en ellos previstas; o sea, que en actos del servicio o fuéra de él, hubiera cometido un hecho de extorsión, saqueo o devastación —Título VII, Libro II del C. P. M.—, o en actos del servicio hubieran cometido un delito común contra la vida y la integridad personal (homicidio, lesiones personales, y los demás delitos de que trata el Título XV, Libro II del C. P.) al tenor de lo dispuesto por el artículo 3º del Decreto número 1534 de 1950, o que durante la vigencia del mismo y en el curso de la investigación se hubiera convocado consejo de guerra verbal (artículo 11, Decreto 1231 de 1950), o bien, que bajo el imperio del artículo 140 del Decreto 2.900 de 1953, el sindicado tuviere fuero militar, prerrogativa que no se deduce de la simple incorporación de las Fuerzas Armadas de Policía al Comando General de las Fuerzas Armadas, sino de la jurisdicción y competencia que se dio a la Justicia Penal Militar —Decreto número 1426 de 1954— para conocer de todos los delitos que cometan los miembros de las Fuerzas Armadas de Policía en servicio activo.

"Lo cual quiere decir —ha dicho la Corte— que en presencia del artículo 12 del Decreto número 1426 de 1954, que es el último que se ha expedido sobre la materia, que los efectos de dicho artículo sólo comprende aquellos casos sucedidos con posterioridad a la vigencia de los Decretos que se citaron antes, es decir, cuando ya los miembros de la Policía hagan parte de las Fuerzas Armadas. Y, por lo mismo, los delitos por ellos realizados, sin distinción alguna, correspon-

den al conocimiento de la Justicia Penal Militar". (Casación Penal. Septiembre 7 de 1955. T. LXXXI Nos. 2157-58) 260, 1ª y 2ª

— 319 —

POSESION

Cuando la ley acepta como dueño de una cosa a quien la ha poseído materialmente durante el lapso legal extraordinario, sin haber tenido título de dominio, y presume de derecho que tal poseedor lo es de buena fe, siempre que tal posesión se haya ejercido en forma pacífica, pública y no interrumpida, y sin reconocer dominio ajeno, consagra el fenómeno de la usucapión que tiende a conferir y estabilizar el derecho de propiedad, así como a sanearlo de los vicios de que puedan adolecer sus titulaciones. (Casación Civil. Septiembre 30 de 1955. T. LXXXI. Nos. 2157-58) 206, 1ª

— 320 —

POSESION (Agregación de posesiones)

Quien pretenda agregar al tiempo de su posesión el tiempo de la posesión de sus antecesores, debe correr con las contingencias de los vicios que hayan podido afectar las anteriores posesiones. (Casación Civil. Septiembre 30 de 1955. T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) 206, 2ª

— 321 —

POSESION INSCRITA (No existe en la legislación colombiana)

La llamada posesión INSCRITA, no existe en la legislación colombiana, por no tener la inscripción de los títulos sentido posesorio, como lo declaró la Corte en la sentencia de casación de 27 de abril de 1955 (LXXX, 81). (Casación Civil. Agosto 30 de 1955. T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) 79, 1ª

— 322 —

POSESION NOTORIA DEL ESTADO DE HIJO NATURAL (Diferencias entre el art. 6º de la ley 45 de 1936 y el 397 del C. C.)

Entre la disposición contenida en el artículo 6º de la ley 45 de 1936 y el artículo 397 del Código Civil existen varias diferencias entre las cuales debe anotarse la referente a la presentación del hijo por el padre, con el carácter de tal, a los deudos y amigos, condición no exigida por la citada disposición de la ley 45, diferencia ésta claramente explicable comoquiera que, según se expresa en los propios antecedentes de la ley, no es frecuente el caso de que una persona presente a sus hijos naturales, con el carácter de tales, a sus familiares y amigos.

En el caso particular, el sentenciador al denegar la declaración de filiación natural demandada con fundamento en la posesión notoria, por no aparecer acreditadas todas las circunstancias indicadas en el artículo 397 del Código Civil, infringe esta disposición, por indebida aplicación, lo mismo que el artículo 6º de la ley 45 de 1936, por falta de aplicación. (Casación Civil. Noviembre 25 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) .. 642, 2ª

— 323 —

PRESCRIPCION (Art. 1954 C. C. - Interrupción de la prescripción)

La jurisprudencia de la Corte ha sido constante al sostener que el cuatrenio establecido por el artículo 1954 contiene una prescripción extintiva a favor de la parte contra quien se instaure la acción; por consiguiente, ese término se interrumpe por la notificación de la demanda, no por la simple presen-

tación de ella, ni puede declararse oficiosamente su vencimiento sino que es preciso la petición de la parte favorecida con la prescripción; no se trata, pues, de un simple término prefijado sino de un fenómeno regulado por las disposiciones sustantivas citadas en el fallo de instancia. (Casación Civil. Septiembre 22 de 1955. T. LXXXI Nos. 2157-58) 153, 2ª

— 324 —

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL **(Sus fundamentos y manera de computarla)**

La acción penal se extingue por el fenómeno jurídico de la prescripción, y ésta, en relación con los delitos, se cumple en treinta años para aquellos que tengan señalada una pena privativa de la libertad de veinte años o más: en un tiempo igual al máximo de la sanción fijada en la disposición penal para las infracciones que tienen pena privativa de la libertad mayor de cinco años y menor de veinte; y en cinco años para los demás delitos.

La prescripción de la acción penal implica la cesación del derecho que tiene el Estado como titular de la acción pública para proseguir la correspondiente investigación; bien porque el tiempo debilita la alarma social producida con motivo de la infracción, ora, porque aminora la fuerza probatoria de los hechos y dificulta la creación de elementos probatorios para la demostración de los mismos, ya también, porque impide que determinada persona esté sometida al peso de una imputación delictuosa sin definirse su situación jurídica frente a la ley. Cuando concurren estos motivos en determinado proceso, la prescripción se opera por mandato de la ley, y así debe decretarse. (Casación Penal. Noviembre 23 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160-61) . . . . . 828, 2ª y 827, 1ª

— 325 —

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

Como el fenómeno de la prescripción de la acción para los delitos que no están reprimidos con sanciones, privativas de la libertad, se opera en el término de cinco años (artículo 105, inciso 4º del C. P.), es indudable que la aplicación de este principio es de imperativo cumplimiento, por haber transcurrido un término mayor de cinco años al tiempo señalado por la ley para que se cumpla el fenómeno de la prescripción de la acción penal, y así habrá de decretarse.

El Tribunal, en la providencia que se revisa, "declara la cesación de todo procedimiento", lo cual no está en un todo de acuerdo ni con el mandato del artículo 153 del C. de P. P., ni con la doctrina de la Corte. La declaración versa sobre los hechos imputados, o sobre inocencia del procesado, o sobre consideraciones de que la ley no considera el hecho como infracción penal, o que la acción no podía iniciarse o proseguir, y es como consecuencia de esto que se ordena cesar todo procedimiento. (Casación Penal. Diciembre 10 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) . . . . . 888, 1ª y 2ª

— 326 —

PRESUNCIONES **(Poder de apreciación de estas pruebas, por parte del juzgador de instancia, para demostrar la existencia de sociedades de hecho)**

Es el juzgador de instancia quien está llamado a calificar las pruebas y a valorarlas con su propio criterio para formar convicción con base en inferencias, dentro de las que se mueven con autonomía los poderes discrecionales del juez, mientras no clamen contra la evidencia procesal.

La duda jamás sería apoyo razonable para desconocer los poderes del sentenciador,

cuyo fallo se entiende estar ajustado a derecho. Mientras no haya contraevidencia o quebranto de los dictados del sentido común, prevalece la convicción a que llegó el sentenciador al calificar el nexo entre el hecho índice y el hecho indicado dentro de la prueba de presunciones simples que, es la llamada por lo común a demostrar la existencia de las sociedades que se forman por los hechos. (Casación Civil. Octubre 21 de 1955. T. LXXXI Nº 2159) 462, 2ª

— 327 —

PRESTACIONES SOCIALES (No es inconstitucional la norma que modifica el STATUS legal o reglamentario, que es una situación jurídica objetiva, general o impersonal)

El decreto acusado se limitó a disponer que a partir del 1º de enero de 1954 el personal de funcionarios y empleados de los Ministerios de Gobierno y de Justicia, del Palacio Presidencial y de la Registraduría Nacional del Estado Civil, anteriormente vinculados a la Caja de Protección de la Policía Nacional con las prestaciones sociales que por ley o reglamento se ofrecían a todos los afiliados, quedaría adscrito a la Caja Nacional de Previsión con los mismos derechos y obligaciones de los demás afiliados a esta institución. En esta forma se modificó el STATUS de los funcionarios y empleados referidos en cuanto a sus prestaciones sociales. Como lo demuestra el demandante, con este traslado quedaron disminuídas o suprimidas algunas de las prestaciones sociales a las que eventualmente tenían derecho tales servidores del Estado. Pero esta modificación del STATUS legal o reglamentario, constitutivo de una situación jurídica objetiva, general o impersonal, podía llevarse a cabo por medio del decreto acusado, sin que ello implicara desconocimiento o menoscabo de los derechos adquiridos por los antiguos afiliados civiles a la Caja de Protección Social de la Policía Nacional. Muy distinto sería el caso de que se hubiera dispuesto suprimir o reducir prestaciones ya causadas a favor de funcionarios o empleados que cumplieron las condiciones preestablecidas. Las nuevas disposiciones no podrían vulnerar ni desconocer la situación jurídica concreta, subjetiva, individual de quienes por virtud de una ley, en vigor, se hicieron titulares de una acreencia determinada contra la Caja de Protección Social de la Policía Nacional. Tales créditos al encontrarse dentro del patrimonio de sus titulares, por virtud de hechos legalmente consumados, son derechos adquiridos invulnerables por la nueva ley. (Sala Plena. Noviembre 23 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) 595, 2ª

— 328 —

PRESTACIONES SOCIALES

Véase el aparte **Derechos adquiridos en prestaciones sociales** en el número 151 de este Indice.

— 329 —

PREVARICATO (Elementos del delito)

Los funcionarios o empleados públicos incurren en la forma de prevaricación que el artículo 168 del Estatuto represivo sanciona bajo la denominación genérica de "Delitos contra la administración pública", de dos maneras: 1º Profiriendo sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley y expresa o manifiestamente injustos; y 2º Rehusando, negando o retardando un acto propio de sus funciones. Ambas modalidades requieren, para que la infracción se configure, que en el ánimo del empleado o funcionario concurran simultáneamente dos elementos: el pleno conocimiento de la ilegalidad y la injusticia con que se ha desempeñado la función o con que ella se rehusa, deniega o re-

tarda; y la simpatía hacia unos interesados o la animadversión hacia otros que han determinado la conducta activa o inactiva del infractor. (Sala Plena. Noviembre 3 de 1955 T. LXXXI Nº 2160 y 2161) 566, 2ª y 567, 1ª

— 330 —

PREVARICATO (Omisión, rehusamiento y retardo para efectos del art. 168 C. P.)

En el delito de prevaricato (artículo 168 del C. P.), omitir es simplemente no hacer aquello a que el sujeto está obligado; rehusar es la abstención activa o sea oponer un acto negativo a la solicitud interpuesta, y retardar es dilatar en el tiempo la decisión que ha de tomarse para conceder o denegar lo pedido. (Sala Plena. Noviembre 3 de 1955 T. LXXXI Nº 2160 y 2161) 568, 1ª

— 331 —

PREVARICATO

Al dictar sus providencias, los funcionarios públicos han de subordinarse a la moral más estricta y ceñir sus decisiones a la verdad procesal y a los preceptos legales que les corresponde aplicar en cada caso. Si a sabiendas ejecutan un acto propio de sus funciones en forma contraria a la ley, con expresa o manifiesta injusticia, por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros, incurren en prevaricato. (Casación Penal. Diciembre 6 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160-61) 857, 2ª

— 332 —

PREVARICATO (Errores en la interpretación de la ley)

Los yerros del intérprete en la aplicación de los textos legales no son punibles en sí mismos. (Casación Penal. Diciembre 6 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160-61) . . 858, 1ª

— 333 —

PREVARICATO (La equivocada interpretación de la ley no implica la comisión del delito)

No hubo delito de prevaricato porque las providencias emanadas del Juzgado no fueron dictadas por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros, y a sabiendas de que la resolución era contraria a la ley o expresa o manifiestamente injusta, toda vez que estos requisitos que estructuran el delito no fueron probados en el curso de la investigación. La interpretación equivocada de la ley o el error que se cometa al deducir consecuencias contrarias a la misma, no son motivos con fuerza suficiente que sirvan para configurar ningún delito de esta naturaleza; la falta de criterio jurídico para desentrañar el espíritu de la ley y aplicarla a cada caso en particular, podrían revelar sí, de parte del funcionario, incapacidad en el ejercicio de las funciones pero no abuso de las mismas, ni conducta indebida del Juez. (Casación Penal. Diciembre 6 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160-61) . . . 863, 1ª

— 334 —

PRINCIPIO DE PRUEBA (Diferencia con la plena prueba)

Con el principio de prueba por escrito, no se trata de demostrar la verdad del hecho controvertido en el juicio, sino simplemente la verosimilitud del mismo; es decir, no es un medio probatorio directo, sino indirecto. Por tanto, a un escrito del demandado no se le puede negar la calidad de principio de prueba por no contener una confesión sobre el hecho litigioso: exigir esto es confundir el principio de prueba con la plena prueba. Cuando se trata de principio de prueba por escrito la apreciación sobre la mayor o menor verosimilitud del respectivo hecho liti-

gioso corresponde, por lo general al juzgador de instancia y no al de casación. (Casación civil, 27 de octubre de 1954, T. LXXVIII). (Casación Civil. Diciembre 15 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160-61) . . 790, 2ª

— 335 —

PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO

No anduvo descaminando el Tribunal cuando consideró que las tres cartas que obran en el juicio constituyen un principio de prueba por escrito emanado del demandado, principio que, como lo aprecia el Tribunal, es una probanza de innegable mérito para relievar la simulación. (Casación Civil. Diciembre 15 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) 790, 2ª

— 336 —

PROMESA DE VENTA

Véase el aparte **Fuerza mayor** en el número 222 de este Indice.

— 337 —

PROPIEDAD PRIVADA

Ver el aparte **Expropiación** en el número 196 de este Indice.

— 338 —

PRUEBAS (Dinámica de la norma probatoria)

La norma probatoria por sí sola carece de dinámica en tanto no se le vincule a la protección de un derecho subjetivo agitado al través del proceso judicial. (Casación Civil. Octubre 26 de 1955. T. LXXXI Nº 2159) . . 484, 2ª

— 339 —

PRUEBAS (Su apreciación en materia penal)

En el sistema de avaluación de la prueba testimonial para deducir responsabilidad, el Juez goza de libertad para apreciar la credibilidad del testimonio, pues siendo imposible reducir a fórmulas o mandamientos legales todas y cada una de las conclusiones de la crítica del testimonio, el criterio dominante debe ser el de libertad para valorarlo.

El sistema de tarifa legal de pruebas cuya característica predominante era la de entrabar la libertad del Juez en la apreciación de la prueba testimonial, fue sustituído en el nuevo Código de Procedimiento Penal por el de la amplitud y libertad para el juzgador. Dentro de este sistema, mediante la crítica del testimonio, examen de condiciones personales y sociales del testigo, condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, circunstancias en que fue percibido y aquellas en que se rinda la declaración, el Juez goza de amplitud para desentrañar la verdad y darle el valor que corresponda ante la ley. Es natural que la libertad del Juez en la apreciación de la prueba no es limitada; está condicionada a las diversas modalidades determinadas por el artículo 224 de la Ley 94 de 1938.

Si dentro de la valuación de la prueba indiciaria se siguieron estos principios, la Corte, en casación, no puede sustituír el criterio de apreciación del fallador, a menos que el demandante demuestre que se ha incurrido en un verdadero error de interpretación o apreciación de los hechos, o que se les atribuyó un valor que no tenían, o se les negó el que sí tenían, siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad. En otros términos, las condiciones determinadas por el numeral 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento

Penal, deben probarse para que prospere el recurso. Mas, como el recurrente no ha demostrado el error proveniente de la mala interpretación o apreciación de los hechos (prueba indiciaria y presunción legal) en que hubiera incurrido el Tribunal, el cargo que se hace a la sentencia no tiene consistencia legal y debe desecharse. (Casación Penal. Octubre 31 de 1955. T. LXXXI Nº 2159) ... ... 551, 2ª y 552, 1ª

— 340 —

PRUEBAS (En el proceso penal)

En el proceso penal, las partes no pueden solicitar, en cualquier tiempo y cuando no les agrade un dictamen pericial, el cambio de los peritos y la práctica de otro estudio sobre materia que fue ya sometida a examen por personas versadas en las ciencias o en las artes.

Las pruebas legítimamente cumplidas adquieren firmeza y seriedad, y corresponde después al juzgador apreciarlas jurídicamente en el momento de dictar el fallo. El proceso no es un laboratorio indefinido de investigaciones, que permita llevar hasta lo infinito la práctica de pruebas, máxime si son inconducentes e ineficaces. De lo contrario, los procesos se harían interminables y la administración de justicia caería en el desprestigio. (Casación Penal. Noviembre 23 de 1955 T. LXXXI Nos. 2160-61) 834, 2ª

— 341 —

PRUEBAS (Convicción del juez en lo penal)

La Ley 94 de 1938 quiso darle a los jueces una mayor amplitud en el juzgamiento en lo relacionado con los medios por los cuales llegan ellos a lo que se llama la certeza legal, esa dosis de convencimiento necesario para declarar responsable o inocente a un procesado.

La noción de convencimiento es algo que no se puede graduar, ni está sometido a una determinada tarifa en cuanto a los medios persuasivos como se formó. Por eso los tratadistas se oponen a que se hable de pruebas plenas o semiplenas, división inoficiosa en sentir de Framarino. (Casación Penal. Noviembre 25 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) ... ... 845, 1ª y 2ª

— 342 —

PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA (Caso del Decreto 243 de 1951)

Si el juicio reivindicatorio es por su naturaleza plenario y de la contestación del libelo inicial no surge el relevo de prueba por cuanto el demandado reconozca de plano la veracidad de todos y cada uno de los hechos generadores, en cuanto sea admisible la confesión, la causa se abre a pruebas en cumplimiento de las fórmulas propias del juicio, según el imperativo que arranca del artículo 26 de la Carta. Si las partes pueden hacer uso de ese término o no emplearlo a su albedrío, es precisamente porque el término existe. Y si no obstante las restricciones establecidas por el Decreto 243 en busca de acelerar los procedimientos ordinarios, es posible pedir en el segundo grado la práctica de inspección ocular, prueba que por lo demás el sentenciador habría podido decretar para mejor proveer, no es susceptible de reparos el adelantamiento de la instancia porque aparezca que por auto ejecutoriado, sin observación alguna de las partes, el Tribunal decretará la práctica de aquella diligencia. (Casación Civil. Noviembre 30 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) 671, 1ª y 2ª

— R —

— 343 —

RECURSOS (El juez a quo no puede desconocer los efectos de la decisión del Superior so pretexto de que el juez ad quem se equivocó)

Los medios de impugnación o recursos contra las resoluciones judiciales son instrumentos de garantía fundados en el propósito legislativo de que la justicia se administre en la forma más certera y perfecta posible, que es fin supremo del proceso. Por eso, se ha establecido que otra jerarquía de superior rango y preparación científica revise las providencias del inferior, para corregir los errores y desaciertos en que éste haya podido incurrir, o aún para darle mayor fuerza y respetabilidad a lo decidido en la primera instancia, si el acto impugnado fue jurídicamente correcto. De modo que cuando el Superior resuelve, su providencia es una emanación del Poder Público, un acto jurisdiccional, cuyo imperio es obligatorio para mantener la eficacia del derecho reconocido, la seguridad colectiva, la firmeza de las actuaciones y la seriedad del procedimiento y de la aplicación de la justicia. De lo contrario, los procesos se harían interminables y el orden jurídico quedaría subvertido.

El juez a quo no puede desconocer ni modificar los efectos de la decisión del Superior que pone fin a un recurso legalmente tramitado, so pretexto de que el Juez ad quem se equivocó o cometió un acto injusto al ejercer sus funciones. (Casación Penal. Octubre 20 de 1955. T. LXXXI Nº 2159) 541, 1ª y 2ª

— 344 —

RECURSO DESIERTO (Por demanda incorrecta)

Como lo ha dicho la Sala "cuando el artículo 565 del C. de P. P. dice que el recurso debe declararse desierto si no se fundare en la oportunidad legal, no sólo está indicando la ausencia de todo escrito tendiente a respaldar el propósito de impugnación, sino también el caso en que la demanda a que se refiere el inciso 2º del artículo 563 ibidem, no indique de manera precisa los hechos y las razones jurídicas en que se basa el recurrente y que sirvan a la Corte para hacer un estudio concreto de la providencia recurrida en relación con la causal o causales que se invoquen". (Casación Penal. Agosto 26 de 1955. T. LXXXI Nos. 2157-58) . 246, 2ª

— 345 —

REIVINDICACION

Para que pueda prosperar una acción de la naturaleza de la incoada (de dominio), es indispensable que el actor demuestre con plenitud que en su cabeza está radicado el dominio del bien inmueble sobre el cual se realiza la petición de declaración de propiedad exclusiva. El comprador de un inmueble cuyo vendedor no tiene su dominio, por el hecho del registro no lo adquiere, y ese título no podría enfrentársele a un tercero que lo desconoce y demuestra la carencia del dominio en el tradente, aunque ese tercero no sea el dueño. (Casación Civil. Octubre 5 de 1955. T. LXXXI Nº 2159) 386, 1ª y 2ª

— 346 —

REIVINDICACION (Condiciones de la acción)

En fallo pronunciado el 27 de abril de

1955 por la Sala Plena de Casación Civil (LXXX, 83 y 84), dijo esta corporación:

"A) La acción de reivindicación, como es sabido, es la más acusada y vigorosa demostración de uno de los atributos del derecho real. Si éste es poder jurídico directo sobre las cosas, la PERSECUCION es apenas aplicación necesaria de ese poder. Por ello la reivindicación tiene que basarse, en primer lugar, en la existencia del derecho sobre la cosa que es objeto de la acción: no se podría dar el efecto sin la causa. — B) La persecución y por tanto, la reivindicación, no es del derecho sino de la cosa en que recae el derecho. Mas, para perseguirla, para reivindicarla, es menester no sólo tener el derecho, sino también que éste sea atacado en una forma única: poseyendo la cosa, y así es indispensable que, teniendo el actor el derecho, el demandado tenga la posesión de la cosa en que radica el derecho. Son dos situaciones extremas e inconciliables, de las cuales una ha de triunfar en el juicio de fondo. — C) La SINGULARIDAD de la cosa es una forma de circunscribir el campo de la acción reivindicatoria. La persecución distingue el derecho tanto sobre las cosas singulares, como sobre las cosas universales; de modo que una acción que trata de hacer efectivo el derecho real contra terceros, sobre cosa singular o universal, se encamina siempre a recuperar de manera directa la cosa sobre la cual recae el derecho, singular, en el primer caso, y universal en el segundo. Así, la acción de petición de herencia persigue la restitución abstracta de la universalidad y la recuperación concreta de los bienes que hacen parte de ella; pero al paso que la reivindicación obra directamente sobre la cosa singular, la de petición de herencia actúa directamente sobre la universalidad e indirectamente sobre las especies que le pertenecen. — D) Le IDENTIDAD entre la cosa sobre la cual arraiga el derecho cuya titularidad demuestra el actor, y la cosa poseída por el demandado, es indispensable, porque en tratándose de hacer efectivo el derecho, ha de saberse con certeza cuál es el objeto sobre el cual incide. Si el bien poseído es otro, el derecho no ha sido violado, y el reo no está llamado a responder". Congruente con la doctrina expuesta, esta Sala en numerosos fallos ha dicho que la acción reivindicatoria está configurada por los siguientes factores: a) cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; b) derecho de dominio en el actor; c) posesión material en el reo; d) identificación de la cosa materia de la reivindicación, o sea, que lo que se reivindica por el demandante sea lo mismo que posee el demandado. (Casación Civil. Diciembre 6 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) ..... 708, 1ª y 2ª

— 347 —

REIVINDICACION (La acción de deslinde no es indispensable como cuestión previa para que se pueda entablar y pueda prosperar un juicio de dominio)

Cuando el dueño de un fundo es privado de la posesión material de una zona de terreno por un colindante que desconoce la línea divisoria que lo separa del predio vecino, aquél puede ejercitar la acción de deslinde enderazada a la fijación de la raya que separa las dos propiedades. Pero nada impide que el dueño acuda directamente a la acción reivindicatoria a efecto de que se le reconozca su derecho de propiedad sobre la zona limítrofe disputada y ésta le sea restituída con las prestaciones consiguientes, caso en el cual la acción tendrá un sentido declarativo y restitutorio a la vez. En este caso, el reivindicante deberá acreditar su derecho de dominio sobre la faja de terreno, objeto de las opuestas pretensiones de su vecino, demostrando que el contenido espacial de sus títulos de propiedad absorbe la zona poseída por el vecino. "El juicio de deslinde

—ha dicho la Corte— tiene por objeto la fijación de la raya que separa dos propiedades, pero esa acción no es indispensable como cuestión previa para que se pueda entablar y pueda prosperar un juicio de dominio, puesto que hay muchos medios probatorios para establecer la identidad de una finca que es base de la acción reivindicatoria". (Casación: agosto 21 de 1935, XLI, 377). (Casación Civil. Noviembre 30 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) 709, 1ª

— 348 —

REIVINDICACION (Inclusión de las prestaciones mutuas en la demanda)

"Las prestaciones mutuas legalmente quedan incluídas en la demanda, de suerte que el juzgador siempre debe considerarlas en la sentencia, ora a petición de parte, ora de oficio". (Casación: febrero 28 de 1955. LXXIX, 515). (Casación Civil. Octubre 19 de 1955 T. LXXXI Nº 2159) 446, 1ª

— 349 —

REIVINDICACION (Restitución de frutos)

Según el artículo 964 del Código Civil, el poseedor vencido en la reivindicación es obligado a restituír los frutos naturales y civiles de la cosa, lo cual es una consecuencia del reconocimiento del derecho de dominio a favor del reivindicante, ya que los frutos de una cosa pertenecen al dueño de ella, según los artículos 716 y 718 del mismo Código. El poseedor de mala fe debe restituír los frutos naturales y civiles de la cosa desde que la tuvo en su poder, y no solamente los percibidos sino los que hubiera podido percibir el dueño con mediana inteligencia y cuidado al hallarse la cosa en sus manos. El poseedor de buena fe sólo es obligado a restituír los frutos percibidos después de la contestación de la demanda y los que hubiera podido percibir el dueño en las mismas condiciones, a partir de tal evento. Esta Sala ha dicho: "La ley protege al poseedor de buena fe, teniendo en cuenta, por una parte, su conducta exenta de culpa, originada por un error excusable y por otra parte, la falta de diligencia o cuidado del dueño de la cosa que ha debido evitar esa posesión. Generalmente al poseedor de buena fe no puede reprochársele falta o imprudencia, mientras que al contrario, al reivindicante victorioso puede imputársele su actitud negligente en la vigilancia de sus intereses. En cambio, el poseedor de mala fe se considera generalmente como un usurpador en razón de dolo o culpa que impone obligaciones indemnizatorias en frente del propietario de la cosa. En lo tocante a restitución de frutos y derecho a mejoras, el tratamiento al poseedor de buena fe vencido en el juicio, cambia fundamentalmente a partir de la notificación de la demanda, según se vio anteriormente. Esto se explica porque si el poseedor ha resistido a la demanda después de conocer los títulos y razones invocados por el reivindicador, ya no podrá alegar que subsiste su honrada creencia de hallarse poseyendo como dueño, y aun cuando en realidad pudiera afirmar que tenía motivos serios para seguir considerándose como legítimo propietario durante el curso del juicio, los efectos declarativos de la sentencia que reconoce el derecho del actor y niega la oposición del reo, dejan sin base tal alegación pues el fallo retrotrae la situación jurídica de las partes al momento de la demanda". (Casación: junio 3 de 1954, LXXVII, 758). (Casación Civil. Octubre 19 de 1955. T. LXXXI Nº 2159) 445, 1ª

— 350 —

REIVINDICACION (Liquidación de mejoras y derecho de retención del poseedor vencido)

En el juicio propia o típicamente reivindi-

catorio, de propietario contra poseedor, el reconocimiento de la deuda por mejoras y del derecho de retención para asegurar su pago, se hace en la sentencia que decide la acción de dominio en contra del demandado; porque si hubiera que discutir y fallar previamente sobre mejoras y retención, el artículo 970 no hablaría de poseedor VENCIDO. Por eso a nadie se le ha ocurrido sostener que para que el propietario pueda ejercitar su acción de dominio deba, previamente, reconocer y pagar expensas o mejoras. No. El dueño puede promover y adelantar el juicio reivindicatorio, en él se discutirá todo; propiedad del actor, posesión, deudas por mejoras, expensas, daños, etc., y la sentencia definitiva se pronunciará sobre todo eso, inclusive el derecho de retención por parte del poseedor.

Lo mismo debe hacerse en el caso del artículo 971, con respecto al TENEDOR VENCIDO, a quien se le aplican, por orden de dicho precepto, todas las reglas del Título XIII, Libro 2º del Código Civil, una de las cuales es la del artículo 970. (Casación Civil. Septiembre 27 de 1955 T. LXXXI Nos. 2157-58) .. .. 158, 2ª y 159, 1ª

— 351 —

REIVINDICACION (El mero certificado del Registrador de Instrumentos Públicos sobre la tradición de la finca no constituye prueba suficiente de la propiedad)

El mero certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados sobre la tradición de la finca no constituye prueba suficiente de la propiedad. Tal documento sólo sirve para complementar en determinados casos los títulos controvertidos por las partes en la acción de dominio. A este respecto ha dicho la Corte: "Si la ley obliga al demandante a demostrar que es dueño de la cosa que quiere reivindicar, o sobre la cual solicita una declaración de propiedad, cuando la acción trata o versa sobre inmuebles ha de hacerlo presentando la prueba específica correspondiente, no otra que la escritura pública debidamente registrada —artículo 630 del C. J.— ya que con ella y sólo con ella, acredita que por ese medio legal —la tradición— radica en él la condición de dueño alegada en la demanda". (Casación Civil. Diciembre 6 de 1955 T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) 712, 1ª

— 352 —

REIVINDICACION (Prueba del dominio sobre el inmueble)

"La jurisprudencia ha estado de acuerdo en admitir como única prueba exigible en juicios de reivindicación para acreditar el dominio de los inmuebles, el respectivo título debidamente registrado, ya que sería absurdo y hasta exagerado pedir, además, el certificado de que habla el artículo 635 del Código Judicial, formalidad de excepción que debe estar circunscrita a los casos en que así lo dispone de manera expresa el mismo Código de Procedimiento, o cuando las circunstancias así lo exijan.

"En el caso sub judice, por tratarse de un caso especialísimo, en que el predio objeto de reivindicación se dice ocupado por la Nación se encuentra en terrenos que ésta declaró pertenecerle como baldíos, por estar situado en una isla del río Magdalena, estima el Tribunal que dicho certificado, así como los títulos inscritos y registrados que comprueba la tradición del dominio alegado, se hace necesario allegarlos a los autos por el actor, cosa ésta que aquél cumplió a satisfacción, puesto que sólo de esa manera llegaría a demostrarse aquellos requisitos exigidos por el art. 7º de la Ley 200 de 1936 a que se acoge el actor para alegar el dominio privado del inmueble objeto del reclamo". (Sentencia del Tribunal). (Negocios

Generales. Noviembre 24 de 1955 T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) ... . 987, 1ª y 2ª

— 353 —

REIVINDICACION (Prueba del dominio del heredero que ejercita la acción sobre cosas hereditarias que han pasado a terceros)

El heredero que ejercita la acción reivindicatoria sobre cosas hereditarias reivindicables que hayan pasado a terceros, debe probar la existencia del dominio en cabeza del causante y que es fundamental para que prosperen sus pretensiones. (Negocios Generales. Agosto 23 de 1955 T. LXXXI Nos. 2157-58) 320, 2ª

— 354 —

REIVINDICACION (Prueba del dominio del actor)

La prueba del dominio, alegada por un reivindicante, según conocida jurisprudencia de la Corte, debe constar, por lo menos, de la escritura registrada sobre traspasos del bien con anterioridad a la posesión del demandado y de un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados expedido de acuerdo con las exigencias comunes. (Negocios Generales. Agosto 23 de 1955 T. LXXXI Nos. 2157-58) 320, 2ª

— 355 —

REIVINDICACION (Singularidad del inmueble reivindicable)

Según los artículos 946 y 949, la acción reivindicatoria tiene por objeto una COSA SINGULAR o UNA CUOTA DETERMINADA DE UNA COSA SINGULAR. Cosa singular es cosa particular, determinada y cierta. La singularidad a que aluden tales artículos "no se circunscribe a considerar exclusivamente como tal a todo individuo de una especie determinada. Dentro de este concepto cabe también la pluralidad numérica pero con determinación específica y de ahí que hay universalidades de hecho, como un rebaño o una biblioteca, que pueden ser materia de reivindicación. Basta con que la cosa reivindicada sea distinta, determinada, para que pueda ser objeto de la acción de dominio, ya fuese singular o universal en su esencia misma. Lo importante es que reúna las condiciones anotadas y que venga a ser inconfundible, determinada y cierta, como se deja dicho". (Casación, julio 14 de 1938, XLVI, 649). De lo anterior se desprende que por falta de singularidad no son objeto de reivindicación: a) las universalidades jurídicas, como el patrimonio o la herencia; b) las cosas que no estén debidamente individualizadas o determinadas. Un predio es jurídicamente una cosa singular, como especie o cuerpo cierto. Pero para que pueda ser objeto de reivindicación, hay que indicar con toda precisión su ubicación y linderos, de modo que quede debidamente determinado y no haya lugar a dudas o confusiones. En armonía con lo expuesto, según el artículo 222 del Código Judicial. aplicable a la reivindicación de inmueble, "si lo que se demanda es una cosa raíz, deben especificarse los linderos y las demás circunstancias que la den a conocer y la distingan de otras con que pueda confundirse". (Casación Civil. Diciembre 6 de 1955 T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161) .. .. .. 708, 2ª y 709, 1ª

— 356 —

REIVINDICACION (En el caso de ocupación de hecho con motivo de trabajos públicos)

Véase el aparte Ocupación de hecho en el número 296 de este Indice.

BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

— 357 —

RELACIONES SEXUALES ESTABLES
(No es necesario que sean "exclusivas")

El recurrente sostiene que para que pueda deducirse la causal de declaración de paternidad natural con base en el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, es necesario que se demuestre que las relaciones sexuales entre los concubinos han sido EXCLUSIVAS, lo cual no es rigurosamente exacto. Es indudable que para la aplicación de dicha norma las relaciones sexuales han de ser "sucesivas, frecuentes, inequívocas, regulares y notorias", como lo ha dicho la Corte. Pero la ley no exige ni podría exigir al demandante de la filiación natural la prueba de la EXCLUSIVIDAD de tales relaciones o sea, la demostración de que la madre no ha tenido acceso carnal a hombre distinto del presunto padre durante el período respectivo. Ello implicaría pedir la demostración de una negativa indefinida. La ley concede sí al demandado como medio de defensa o excepción, el derecho de probar que dentro del período de la concepción la concubina tuvo relaciones carnales con otro hombre, caso en el cual no se hará la declaración de paternidad natural, según el último inciso del art. 4º de la Ley 45 de 1936. Es al presunto padre a quien corresponde la carga de la prueba en este caso. (Casación Civil. Agosto 27 de 1955 T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) ... ... .75, 2ª

— 358 —

RELACIONES SEXUALES ESTABLES

Refiriéndose al num. 4º del art. 4º de la Ley 45 de 1936, la Corte ha venido sosteniendo de manera reiterada que "por ministerio de la misma ley y con fundamento en los mismos principios, la estabilidad y notoriedad no pueden limitarse a las relaciones sexuales en sí mismas sino que ha de vincularse a límites temporales precisos en orden a que pueda aplicarse la presunción sobre el momento probable de la concepción; si con certeza no puede afirmarse el estado concubinatario desde o hasta cierta época, la presunción queda sin base, sin contenido y sin efectos, porque está instituída sobre un cálculo de días posteriores y anteriores a la terminación del concubinato". (Casación Civil. Agosto 27 de 1955 T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) 75, 1ª

— 359 —

REMATE (Nulidad procesal y sustantiva del remate)

Si se demanda la nulidad del remate considerado como contrato, o sea, invocando un motivo de nulidad sustantiva, debe trabarse la controversia con presencia o intervención de las partes que intervinieron en la subasta: el tradente, representado por el juez, y el adquirente o rematante, que son los interesados en mantener las relaciones jurídicas creadas por la venta; pero si se demanda la nulidad del juicio en que se consumó el remate, con base en las irregularidades de procedimiento constitutivas de nulidad, entonces es necesario citar como partes a las mismas que lo fueron en el negocio en que se verificó la subasta, pues los derechos de éstas pueden resultar lesionados en el nuevo proceso y se les condenaría, en su caso, sin haberlas oído y vencido en juicio.

Pero si, como en el presente juicio, la parte demandante pide que se declare la nulidad procesal y la nulidad sustantiva del remate, puede separarse el estudio de las causales de invalidez y declarar probada o no la que así se estime, exigiendo naturalmente, la presencia de los interesados respectivos, como queda explicado en el aparte anterior. (Casación Civil. Octubre 3 de 1955 T. LXXXI Nº 2159) 367, 2ª

— 360 —

REMATE (Como contrato de venta y como simple actuación judicial)

En varias ocasiones ha expresado la Corte "que el acto de remate en pública subasta puede ser enjuiciado, en cuanto a su validez, como un acto civil, como un contrato de venta en que el juez representa al vendedor, y como una simple actuación judicial o diligencia procesal, y que la cuestión ha de examinarse y decidirse a la luz de disposiciones legales diferentes, según sea una y otra la condición en que se considere; si como contrato, se rige por los principios y reglas sustantivas que gobiernan la teoría general de los actos y declaraciones de la voluntad, y si se considera como diligencia o actuación judicial, el problema de su nulidad cae bajo las disposiciones de la ley procedimental que determinan las causas de su invalidación por falta de las formalidades prescritas para hacer el remate de bienes". (Casación Civil. Octubre 3 de 1955 T. LXXXI Nº 2159) 367, 1ª

— 361 —

REGISTRO DE LA SENTENCIA EN JUICIO DE SUCESION (No tiene efecto translaticio del dominio)

Del DE CUJUS a los sucesores no se cumple ningún fenómeno traslaticio, porque, fuéra de la imposibilidad física y jurídica de que el difunto transfiera, la radicación de los bienes en cabeza del heredero se realiza mediante el modo específico de la sucesión por causa de muerte, desde el día del fallecimiento del antecesor. Por tanto, la inscripción en el Registro Público de la sentencia de adjudicación— y A FORTIORI del decreto de posesión efectiva de la herencia— carece de finalidad traslaticia, no cumple tradición alguna, ya que los bienes han sido adquiridos mediante la sucesión MORTIS CAUSA. Cumple, sí, otros fines, v. gr. cancelar las inscripciones del difunto con las nuevas a favor de los herederos, publicar la adquisición de los bienes con motivo de la muerte del causante. (Casación Civil. Octubre 31 de 1955 T. LXXXI Nº 2159) 512, 1ª

— 362 —

RESCISION POR LESION ENORME (Cuándo puede cederse este derecho)

Como lo ha dicho la Corte en varios fallos, el derecho a pedir la rescisión por lesión enorme puede cederse. Pero cuando el adjudicatario pierde ese derecho no puede transferirlo. En el caso de que trata el juicio, la adjudicataria, al vender todos los bienes que le fueron adjudicados en la partición, perdió el derecho a promover la acción de rescisión por lesión enorme y, por tanto, no pudo transferirlo al demandante. (Casación Civil. Agosto 31 de 1955 T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) ..... 101, 1ª y 2ª

—363 —

RESOLUCION DE UNA COMPRAVENTA (Efectos)

Cuando el incumplimiento sirve de base para que la justicia desate el vínculo contractual, la parte incumplida no está en posición que le permita derivar ninguna ventaja de su propio hecho contrario a las regulaciones jurídicas. A la inversa, se encuentra en el deber de resarcir los perquicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato, o, si hubiere dolo, los que sean consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación. (Artículos 1546 y 1616 del Código Civil).

Habría ventaja para el vendedor incumplido si al ser resuelto el contrato se limitara su deber a la restitución lisa y llana del

precio, desde luego que el uso del dinero quedaría en su provecho, cuando ya la causa jurídica de la recepción se encuentra extinguida con efecto de volver las cosas al estado precontractual.

Desaparecida la causa, se produciría enriquecimiento injusto para el vendedor si pudiera privar al comprador, sin resarcirlo, de la utilización del precio pagado. El uso del dinero se mide en lo económico por la tasa del interés, de manera que el tanto por ciento es debido desde cuando el precio pasó de unas manos a las otras por virtud de un contrato cuya existencia se destruye, y que al extinguirse origina en derecho la obligación de pagar una suma de dinero. No es necesario justificar perjuicio cuando el acreedor sólo cobra intereses, los cuales se deben cuando menos a la tasa legal del seis por ciento anual. (Artículo 1617 del Código Civil). Se atiende así al lucro cesante sufrido por el comprador como perjuicio subsecuente del contrato resuelto. (Casación Civil. Noviembre 30 de 1955 T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) ..... 681, 2ª y 682, 1ª

— 364 —

RESPONSABILIDAD CIVIL (Cuándo incurre en ella la Administración por actos ilegales o arbitrarios de los funcionarios)

La ejecución de actos ilegales o arbitrarios de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos es lo que puede comprometer la responsabilidad civil de la administración; pero cuando los funcionarios ejercen las actividades que les competen dentro de la órbita de sus atribuciones, y dan además explicación a las leyes y normas pertinentes para el caso de que se trate, por ejemplo, en la vigilancia policiva o en la investigación penal, no cabe la responsabilidad, porque con esas actuaciones los funcionarios están cumpliendo los fines propios del Estado en la conservación del orden y en la tutela de los derechos de los asociados. La doctrina y la jurisprudencia, basándose en razones de interés superior, han concluído que no incurren en responsabilidad civil las entidades de derecho público por el ejercicio de los llamados actos de soberanía, como son las funciones judiciales, cuando se ejercen por los trámites procesales preestablecidos y con aplicación racional de los principios y normas del derecho. (Negocios Generales. Noviembre 7 de 1955 T. LXXXI Nos. 2160-61) 927, 2ª

— 365 —

RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

Es principio superior de derecho el de que los funcionarios y empleados públicos no tienen otra competencia que la asignada por la Ley. La actividad funcional de ellos sólo puede moverse al amparo de las normas jurídicas, que le dan a la administración pública un normal y ordenado desenvolvimiento, base de la seguridad social y de la tranquila confianza de los ciudadanos en la función de los órganos del Estado. Por eso, la Carta estatuye que el congreso, el gobierno y los jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado (artículo 55); que no habrá en Colombia ningún empleo que no tenga atribuciones detalladas en la ley o reglamento (artículo 63); que la ley determinar; los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva (artículo 62); y que los funcionarios públicos son responsables por infracción de la Constitución y las leyes y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas (artículo 20). (Casación Penal. Octubre 20 de 1955 T. LXXXI Nº 2159) 540, 2ª

— 366 —

RESPONSABILIDAD POR CULPA AQUILIANA (Vinculación del perjuicio al provecho que el demandante derivaba de la víctima)

La vinculación del perjuicio al provecho que el demandante derivaba de la víctima, ha sido sostenida por la Corte en la acción de responsabilidad aquiliana, justamente porque el perjuicio personal del heredero —como lo fuera el de un extraño— es lo que se persigue con dicha acción; en sentencia de 24 de junio de 1942, (LIII, 660), la Corte expuso las razones para considerar esta acción como elemento patrimonial del causahabiente, y no del antecesor; pero, en la de 23 de abril de 1941 (LI, 468), aplicó el criterio del perjuicio directo del heredero, no obstante tratarse de responsabilidad contractual. Esta doctrina no puede generalizarse, por la confusión que encierra entre lo que es de una y otra responsabilidad, de uno y otro daño específico. Las recientes sentencias de casación, de 23 de abril de 1954 (LXXVII, 412) y 23 de noviembre del mismo año (LXXIX, 666), consagran doctrinariamente la tesis del perjuicio específico, según la acción de que se trate, y la de 30 de marzo de 1951. (LXIX 384), ya había hecho antes una aplicación concreta de esta misma tesis, para ordenar la indemnización, en un caso de acción contractual ejercida por el heredero, con base en el daño inferido al causante. (Casación Civil. Septiembre 27 de 1955 T. LXXXI Nos. 2157-58) . . . 179, 1ª

— 367 —

RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURIDICAS POR HECHOS DE SUS AGENTES (Elementos de la acción)

La responsabilidad de las personas jurídicas por el hecho o culpa de quienes están bajo su cuidado o vigilancia sólo puede deducirse cuando en el juicio se hallan plenamente demostrados estos elementos: el daño, su autor y la dependencia de éste respecto de aquéllas. (Negocios Generales. Noviembre 16 de 1955 T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) . . 972, 1ª

— 368 —

RESPONSABILDIAD DEL TRANSPORTADOR AEREO (Es contractual y no delictual; sin embargo, un mismo hecho puede generar responsabilidad contractual y extracontractual)

La responsabilidad del transportador es contractual y no delictual. Un mismo hecho, sin embargo, violatorio de la obligación de seguridad a cargo de la empresa, puede generar responsabilidad contractual y extracontractual, y en una misma persona (el causahabiente de la víctima) pueden radicarse las acciones correspondientes a una y otra responsabilidad, para elegir una de ellas, pero no para acumularlas. Tales acciones así originadas en campos distintos están individualizadas por caracteres propios y por un crecido número de consecuencias diversas, que la jurisprudencia de la Corte y la doctrina general han señalado claramente. (Casación Civil. Septiembre 27 de 1955 T. LXXXI Nos. 2157-58) 175, 2ª y 176, 1ª

— 369 —

REPRESENTACION PROPORCIONAL DE LOS PARTIDOS

Lo primero en el ejercicio del sufragio es la efectividad del derecho a servirse de él por parte del ciudadano. La manera de hacerlo consiste en expresar su voluntad por medio del voto. Consignado éste, hay que cuidar de que tal manifestación de voluntad se

respete y produzca sus efectos propios. Los escrutinios y el cómputo en ellos de los votos consignados en una elección han de reflejar el querer de los electores. Cualquier medio que altere o anule la expresión clara y obvia de los sufragios, es ilícito, por contrario a los fines naturales a que los votos se destinan. La representación proporcional de los partidos debe también cumplirse, como otro de los presupuestos que legitiman la elección, pero desde luego, respetando siempre el derecho del ciudadano a elegir sus representantes y mandatarios, por efecto de su libre voluntad.

Ha de asegurarse pues la representación proporcional de los partidos, sin llegar al extremo de aplicar el voto de una persona en favor de otra u otras a quienes el sufragante no se lo otorgó. Si hay que tener en cuenta la representación proporcional de los partidos, también hay que respetar la voluntad individual del ciudadano que elige. Es natural procurar que no se produzca el fraccionamiento de los partidos, que aniquile su fuerza como tales, y coloque a un partido dado en situación inequitativa o de desproporción de sus efectivos electorales frente a otro u otros. Para lograr tal objeto no ha de cambiarse sin embargo la voluntad de los electores. El remedio para evitar el fraccionamiento de los partidos hay que buscarlos por el procedimiento que deje incólume en los ciudadanos el derecho a elegir, consagrado en la ley fundamental. (Sala Plena. Septiembre 14 de 1955 T. LXXXI Nº 2157 y 2158) . . . . . 9, 2ª y 10, 1ª

— 370 —

RESTITUCION DE TERMINOS (En el C. J. y en el C. de P. P.)

Los términos legales o judiciales pueden restituírse a petición del interesado, y ésta no es procedente sino cuando se hallan extinguidos los plazos legales y no se hizo uso de ellos para ejercitar un derecho, toda vez que la restitución contempla el caso de un término vencido y su finalidad no es otra sino la de reponerlo, y, aun cuando en el C. de P. P. no hay disposición expresa sobre el particular, es aplicable al caso lo dispuesto por el artículo 372 del C. J. por mandato de la ley 94 de 1938, artículo 7º. Si bien es verdad que tanto la restitución de que habla el Código Judicial, como la prórroga de los mismos de que trata el Código de Procedimiento Penal, tienen una misma finalidad, el modo como estas modalidades operan en la tramitación de los procesos es distinta; en el primero, se trata de un término vencido para que se restituya; en el segundo, se está en presencia de un plazo no extinguido para que se prorrogue, de allí la importancia de formular debidamente la petición para que prospere, pero, en ambos casos el fundamento debe ser una causa legal y ésta debe probarse plenamente. (Casación Penal. Diciembre 6 de 1955 T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) . . . . . 860, 2ª y 861, 1ª

— 371 —

RESTITUCION DE TERMINOS (Prueba de las causas que la justifiquen)

Los términos judiciales no se restituyen por la simple petición que haga una de las partes que intervienen en el proceso penal; la restitución se halla condicionada a la comprobación de las causas que la justifiquen y entre ellas se encuentra el caso de la "enfermedad grave"; por esto es por lo que la ley determina expresamente que si hay hechos que probar el incidente se abre a prueba por el término de nueve días para que las partes puedan demostrar los hechos alegados, pero si vencido este término no se acreditaren por ningún medio las causas que justifican la restitución, el funcionario ante quien se solicita debe negarla por falta de demostración legal. (Casación Penal. Di-

ciembre 6 de 1955 T. LXXXI Nos. 2160-61) 861, 1ª y 2ª

— 372 —

REVISION (Recurso de)

El recurso de revisión es de uso restrictivo, que no puede ampliar el juzgador. (Casación Penal. Octubre 24 de 1955 T. LXXXI Nº 2159) 547, 2ª

— 373 —

RIÑA IMPREVISTA (Como circunstancia modificadora de la responsabilidad)

La riña, como situación objetiva dentro de la cual se comete la infracción, no entraña, por sí sola, la atenuación del homicidio y las lesiones y, antes bien, puede agravarlos, como cuando ella se provoca por el mismo procesado o cuando éste, sin haberla provocado, la aprovecha, verbigracia, para sorprender indefensa a la víctima. Para que su ocurrencia constituya verdadera circunstancia modificadora se necesita el FACTOR SUBJETIVO DE LA IMPREVISION, como excluyente de toda intervención maliciosa del infractor en la iniciación y desarrollo de la lucha o contienda que culmina con la supresión de una vida o el daño a la integridad personal. (Casación Penal. Septiembre 12 de 1955 T. LXXXI Nos. 2157-58) 269, 1ª y 2ª

— 374 —

ROBO CALIFICADO

Con la figura del robo calificado, contemplado en el artículo 404 del Código Penal, no juegan las agravantes particulares del hurto señaladas en el artículo 398 de la misma obra, sino con el robo ordinario que estructura el artículo 2º de la Ley 4ª de 1943. (Casación Penal. Septiembre 27 de 1955 T. LXXXI. Nos. 2157-58) 310, 1ª

— S —

— 375 —

SENTENCIA (En segunda instancia no puede cambiarse un auto de sobreseimiento definitivo por una sentencia del art. 153 del C. de P. P.)

La Corte, en segunda instancia, no puede cambiar graciosamente el contenido de un auto de sobreseimiento definitivo por una sentencia del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, ya que, por una parte, se pretermitiría una instancia, y por otra, se usurparía jurisdicción. (Casación Penal. Agosto 11 de 1955 T. LXXXI Nos. 2157-58) . 228, 2ª

— 376 —

SIMULACION (Cuando una persona vende ficticiamente un inmueble a otra con el fin oculto de que, ésta, en cumplimiento de instrucciones de aquélla, traspase el bien a un hijo suyo que lo recibe como donatario, se configura una simulación relativa)

Cuando una persona vende ficticiamente un inmueble a otra con el fin oculto de que ésta, en cumplimiento de instrucciones de aquélla, traspase el bien a un hijo suyo que lo recibe como donatario, se configura una simulación relativa y de medio, con interposición de persona. Por la compraventa ficticia se simula la manera de alcanzar el fin verdaderamente buscado, que es la enajenación del bien a título de donación a favor del hijo, para lo cual el donante se sirve de un intermediario o testaferro. No es una operación —para llamar así la serie de actos que la integran —completamente simulada, esto es, neutralizada o destruída en sus efec-

tos, por una contraestipulación, porque no se hace con el objeto de que el dominio del inmueble permanezca aparentemente en el patrimonio del supuesto comprador y realmente en el del supuesto vendedor al tenor del contrato oculto, sino para que de acuerdo con el encargo secreto y según instrucciones lo haga llegar al patrimonio del verdadero titular que es el donatario. Se trata de una simulación que afecta no la esencia vital del contrato sino solamente su naturaleza, vistiendo una donación con la apariencia de una venta, y añadiendo para ocultar el verdadero beneficiario, el juego de una interposición de persona. Lo simulado no es la enajenación, puesto que el supuesto vendedor sí ha tenido la decisión de desprenderse de la propiedad de su finca, sólo que optando por un medio aparente para dar realidad al fin querido. El resultado es, pues, inatacable en el concepto de falta de consentimiento para la transferencia de la propiedad. El heredero del aparente vendedor que obre en representación y provecho de la sucesión y no como tercero en relación con el contrato celebrado con el DE CUJUS, no puede encaminar la acción de simulación a otro fin que la prevalencia del acto secreto sobre el ostensible celebrado entre las mismas partes, y de consiguiente, en rigor jurídico, el heredero sólo tiene la acción que tendría su causante contra el testaferro para exigirle el cumplimiento de la comisión o encargo de confianza que se le dio, y respecto de él y en esta parte constituye la contraestipulación que rige sus relaciones recíprocas. La demanda contra el intermediario que cumplió su encargo, transfiriendo el dominio de la finca al destinatario de la liberalidad realizada con su mediación, dejando al donatario real fuera de la acción, es una demanda mal enderezada, inconducente al fin que se busca, inexplicable casi, habiéndole señalado al demandado el simple papel de intermediario, con un encargo secreto que lo coloca más bien en una relación de mandatario con el aparente vendedor y real donante, ya que como lo ha dicho esta Sala, "en la legislación colombiana el mandato no es esencialmente representativo. Dentro de su conformación jurídica caben el mandato ostensible y el secreto, el testaferro, la interposición de persona en todas sus formas lícitas, y el acto jurídico del mandatario como persona interesada, siempre que el mandante tenga voluntad de obligarse. Es posible el mandato sin representación". En un caso como el cuestionado, es indudable que la parte actora está en la obligación de establecer el contenido total de la relación jurídica creada por los contratantes de acuerdo con los términos inequívocos en que se ha planteado el caso de simulación, para lo cual es necesario encaminar su acción contra el beneficiario de la donación, porque es solamente al ingresar al patrimonio suyo el inmueble, cuando culmina, al través del intermediario, la donación realmente querida y buscada por el supuesto vendedor. Sin la audiencia del donatario resulta imposible establecer la existencia de la donación como contrato disimulado por la venta, no nulo por ese solo hecho sino anulable de acuerdo con los principios generales que gobiernan estos contratos, y en ausencia de aquél tampoco es posible apreciar la validez del pacto que se pretende oculto, porque los vicios o irregularidades capaces de anular una donación no pueden ser alegados y demostrados sino con intervención del donatario mismo. (Casación, marzo 28 de 1939, XLVII, 721-723). (Casación Civil. Agosto 10 de 1955 T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) 33, 2ª y 34, 1ª y 2ª

— 377 —

SIMULACION (El pacto secreto no tiene efecto contra terceros de buena fe)

Rectificada la doctrina que podría llamarse de la simulación-nulidad, resulta aún mu-

cho más claro que, al reconocerse la eficacia entre las partes de un convenio secreto, no se le puede dar a éste efectos contra terceros de buena fe porque a ello se opone lo dispuesto en el artículo 1766 del Código Civil; sobre este punto son numerosas las decisiones de esta corporación, conforme a las cuales tales terceros pueden atenerse a la apariencia que para ellos resulta del acto público. (Casación Civil. Diciembre 9 de 1955 T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) 719, 2ª

— 378 —

SIMULACION (Declaración de la existencia del contrato secreto, invocada por el demandado)

Si el vendedor o sus herederos demandan la simulación relativa de una compraventa, sosteniendo que bajo la apariencia de ésta se ha celebrado secretamente un pacto prohibido por la ley el cual debe declararse nulo, y el comprador demandado, al contestar la demanda, acepta que realmente la compraventa encubre una convención distinta a la ostensible, pero al mismo tiempo alega que el contrato disimulado por las partes contratantes no es el que asevera el actor sino uno perfectamente válido, y este extremo de la defensa se logra acreditar plenamente en el curso de la litis, el fallo que reconozca y declare la existencia del contrato secreto invocado por el demandado, no puede tacharse de incongruente con las pretensiones de los litigantes. La sentencia no ha decidido sobre puntos ajenos a la controversia (EXTRA PETITA), porque la declaración de existencia del contrato oculto alegado por el demandado como excepción o medio de enervar en parte los efectos de la acción incoada, no excede el ámbito de la LITIS CONTESTATIO integrada por las opuestas pretensiones del actor y del reo. (Casación Civil. Agosto 10 de 1955 T. LXXXI Nos. 2157-2158) . . . 29, 2ª

— 379 —

SIMULACION (Doctrina de la Corte)

La Corte en fallos recientes ha reiterado la doctrina jurisprudencial sobre la simulación-prevalencia, consagrada por esta Sala desde el año de 1935 y mantenida con algunas vacilaciones y restricciones en el período 1941-1954. A partir del fallo del 8 de junio de 1954 (LXXVII), proferido en Sala Plena de Casación Civil, esta corporación ha venido aplicando aquella doctrina a todos los negocios simulados.

Según la doctrina de la Corte, la simulación se caracteriza por una divergencia intencional entre la declaración ostensible de las partes y el querer oculto de ellas. Supone el nacimiento coetáneo de dos actos, uno visible y otro invisible: el segundo suprime, adiciona, altera o modifica los efectos o la naturaleza del primero. Se llama contraestipulación el acto secreto u oculto. La declaración ostensible, deliberadamente contraria al concurso real de voluntades de las partes, va dirigida a producir en los demás una falsa figura del convenio. De suyo el acto secreto no es nulo. Una persona movida por causa justa, puede obligarse ocultamente a otra, desde que su consentimiento no adolezca de vicio y recaiga sobre objeto lícito. Lo que puede hacerse en público puede efectuarse en privado, aunque el contrato tenga como envoltura uno ficticio. Cumplidos los requisitos necesarios a toda declaración válida de voluntad, faltaría por inquirir si se ha omitido alguno de los que las leyes prescriben para el valor de ciertos negocios en consideración a su naturaleza. Si también éstos se han llenado aunque sea prestándole el ostensible sus formalidades al secreto, no puede negarse la validez del último. Cuando faltan capacidad, o perfecto consentimiento, o causa u objeto lícitos, o las solemnidades a que el acto o contrato verdadero esté subordinado según su naturaleza,

se afectan lo visible y lo invisible, pero no por el hecho mismo de la simulación sino por la existencia del vicio. La simulación es absoluta o integral cuando el acto oculto suprime o destruye totalmente los efectos del acto ostensible. La simulación es relativa cuando el acto aparente encubre los efectos del acto oculto que las partes han querido realmente celebrar. La simulación es susceptible de diversidad de formas, como lo tiene estudiado la doctrina de la Corte, y según que deba considerarse como integral o parcial, de fin o de medio, de esencia, de naturaleza, de accidente o de interposición, sus repercusiones y consecuencias son distintas, y están gobernadas por distintas normas jurídicas. (Casación Civil. Agosto 10 de 1955 T. LXXXI Nos. 2157 y 2158)

32, 2ª y 33, 1ª

— 380 —

SIMULACION (Hay simulación relativa en la venta ficticia de unos inmuebles hecha por una persona, a otra para que ésta los traspase a la cónyuge del primero a título de donación)

La Corte ha decidido que la venta ficticia de unos inmuebles hecha por una persona a otra para que ésta los traspase a la cónyuge del primero a título de donación, entraña una simualción relativa, pues bajo la apariencia de la compraventa se ha querido en el pacto oculto y por medio del intermediario, hacer una liberalidad que vale como donación revocable entre cónyuges, confirmada por la muerte del donante sin haberla revocado, en cuanto no menoscabe los derechos de los legitimarios (C. C., artículos 1056, 1195, 1196, 1203 y 1204). En las donaciones, tanto revocables como irrevocables, la ley pone un límite a la generosidad o voluntad del donante en consideración a ciertas personas, como los legitimarios; de ahí la reforma del testamento cuando se disminuye una legítima; de ahí también la reducción o rescisión de las donaciones entre vivos cuando se afectan con ellas los derechos de los legitimarios. Cuando se declare que un pacto de compraventa es simulado y que encubre una donación, no debe perderse de vista lo anterior, y por eso sólo se les puede dar validez en cuanto no afecte los derechos de los legitimarios, porque de no entender así las cosas, bastaría una simulación que encubriera una donación para que los derechos de los legitimarios quedaran desconocidos o mermados. Para evitar esto es para lo que se dá precisamente acción a esos herederos para intentar o impetrar la declaración de simulación (Casación, septiembre 23 de 1942. LIV bis, 122). (Casación Civil. Agosto 10 de 1955 T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) 34, 2ª

— 381 —

SIMULACION (No es prueba de ella el hecho de que el vendedor continúe en el goce de la cosa vendida)

La Corte ha expuesto que el hecho de que el vendedor continúe con el goce del bien dado en venta, por sí mismo no es prueba de la simulación del contrato; y ello es cierto; pero si a ese hecho se agregan otras demostraciones tendientes a verificar la simulación, es natural que aquella situación adquiera un indispensable valor probatorio en concurrencia con otros elementos de convicción. (Casación Civil. Diciembre 15 de 1955 T. LXXXI Nos. 2160-61) 784, 2ª

— 382 —

SIMULACION (Prueba indiciaria)

Cuando la intención real de los contratantes en la contraestipulación es desentrañada por el Tribunal al través de inferencias con base en confesiones que aparecen en docu-

mentos públicos procedentes de las mismas partes, los poderes del sentenciador en este campo de la prueba indiciaria son generalmente soberanos, pues no apareciendo un flagrante y evidente error de hecho, su apreciación sobre el pacto oculto declarado en la sentencia es intocable en casación. (Casación Civil. Agosto 10 de 1955 T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) 35, 1ª

— 383 —

SIMULACION (Prueba aducible cuando se alega entre las partes contratantes)

La estabilidad del orden social exige que los actos jurídicos celebrados entre personas capaces, sean tenidos por válidos, pues si las partes pudieran ampliamente y sin ninguna restricción decir que el acto no es válido alegando cualquiera pretendida intención de simular, esa estabilidad de orden social y económico quedaría completamente desvirtuada, la ley impone condiciones para que la simulación alegada por las partes o por sus sucesores, pueda demostrarse. Y una de tales condiciones, cuando la simulación se alega por quien intervino como contratante, consiste en que sólo se admite como prueba la contraescritura, o la confesión judicial del demandado o la prueba testimonial complementada por un principio de prueba por escrito que provenga del mismo. (Casación Civil. Diciembre 12 de 1955 T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) 739, 1ª

— 384 —

SIMULACION (Simulación relativa por interposición de personas)

La jurisprudencia de la Corte ve una especie de simulación relativa en los casos de negocios celebrados con interposición de persona, o sea, cuando en el contrato aparente figura como contratante una persona distinta de la que realmente se vincula en la relación jurídica por virtud del acto secreto. En el comercio jurídico muchos contratos se realizan con interposición de personas que sólo en apariencia tienen la condición de contratantes pero que en realidad obran para un tercero que se mantiene oculto y que es el verdadero titular de los derechos que emanan del negocio celebrado. En la simulación relativa por interposición de persona se aplican las normas generales que estructuran aquella figura jurídica: el acto oculto es en principio válido, pero él puede invalidarse cuando adolece de algún motivo de nulidad, como por objeto o causa ilícitos. A veces por medio de la interposición de persona, se quiere eludir con fraude de la ley alguna de sus prohibiciones, caso en el cual es absolutamente nulo el contrato oculto por la ilicitud de su objeto. El C. C. se refiere expresamente a la interposición de persona para prohibir el acto o contrato celebrado en esa forma, como cuando el artículo 2170 establece que "no podrá el mandatario por sí NI POR INTERPUESTA PERSONA, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado comprar, si no fuere con autorización expresa del mandante", disposición aplicable a los síndicos de los concursos y albaceas en cuanto a los bienes que hayan de pasar por sus manos en virtud de estos encargos, según el art. 1856. (Casación Civil. Agosto 10 de 1955 T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) . ... 33, 1ª y 2ª

— 385 —

SIMULACION Y NULIDAD (Sus diferencias)

La Corte se ha expresado en numerosos fallos sobre la diferencia específica entre la acción simulatoria y la acción de nulidad. En la primera se trata de conseguir la declaración de inexistencia de un pacto aparente para que salte a la vida jurídica el que

efectiva y realmente acordaron las partes en forma secreta. En la segunda se busca la invalidación de un acto jurídico real el que por falta de determinados presupuestos de fondo o de forma no puede subsistir. Estos caracteres específicos demuestran la incompatibilidad de las dos acciones fundadas en proposiciones no solamente contrarias sino contradictorias. La doctrina registra numerosas jurisprudencias sobre el particular. (Casación Civil. Agosto 26 de 1955 T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) . . . 66, 2ª

— 386 —

SIMULACION Y NULIDAD (Diferencias)

Es ya doctrina consagrada por la Corte la de que la nulidad absoluta y la simulación son fenómenos diferentes: la primera contempla un contrato existente pero viciado; la segunda, inexistencia de un contrato aparente; como son distintos los conceptos, principios o textos jurídicos que configuran esos fenómenos: el de nulidad respaldado en los artículos 1740 y siguientes del Código Civil, en que se apoya la demanda inicial de este juicio; el de simulación en el artículo 1766 ibidem, que para nada invoca el demandante; y como son diferentes las consecuencias de uno y otro fenómeno: el de nulidad dá acción contra terceros; el de simulación no. Sobre estas diferencias y otras secundarias o colaterales, ver fallos de casación civil de 1º de abril de 1954 (G. J. número 2140, pág. 352), y de 8 de junio de 1954 (G. J. número 2142, pág. 787). (Casación Civil. Octubre 10 de 1955 T. LXXXI Nº 2159) 407, 2ª

— 387 —

SOCIEDADES (Entre padres e hijos)

No es imposible ni contradice las conveniencias generales que el contrato de sociedad, para diversos fines de especulación aceptados por el derecho, llegue a configurarse entre padres e hijos plenamente capaces. Pero entonces la sociedad regular tendrá las probanzas que le son propias, de la misma manera que su configuración nada más que por su virtud de hechos asociantes exige que sea demostrada en forma incontrovertible, por medios que no ofrezcan ningún género de duda acerca de la reunión de todos los elementos constitutivos de la sociedad, a la que para vivir legalmente no hubiera de faltarle ninguna de las condiciones estructurales de hecho, sino sólo el cumplimiento de las solemnidades exigidas, en su caso, por el régimen jurídico. (Casación Civil. Octubre 21 de 1955 T. LXXXI Nº 2159) 461, 2ª

— 388 —

SOCIEDADES (Entre padres e hijos)

La circunstancia de que el hijo habite en una misma casa con sus padres o con alguno de ellos por muerte del otro y, principalmente, con la madre después de fallecido el padre, y de que la madre y el hijo se prodiguen atenciones mutuas, vivan en armonía, se ayuden en todo y se dispensen asistencia económica, no es bastante para presumir la existencia de sociedad entre los dos, ni siquiera como puramente de hecho; desde luego que se halla de acuerdo con las relaciones naturales entre los padres y los hijos, aún después de la mayor edad, aquella delicadeza de tratamiento, que ha de estar siempre en consonancia con los mejores sentimientos de la especie humana. (Casación Civil. Octubre 21 de 1955 T. LXXXI Nº 2159) 461, 1ª y 2ª

— 389 —

SOCIEDAD ANÓNIMA (Pruebas para acreditar en juicio su existencia y su representación)

Cuando una sociedad anónima comparece

judicialmente como demandante o demandada, debe hallarse acreditado en el proceso tanto su existencia como persona jurídica (capacidad para ser parte), como la representación de quien actúa en su nombre (capacidad procesal). Los certificados expedidos por el Presidente y el Secretario de la Cámara de Comercio, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 y 41 de la Ley 28 de 1931, son la prueba adecuada para acreditar tales hechos. (Casación Civil. Diciembre 15 de 1955 T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) 766, 2ª y 767, 1ª

— 390 —

SOCIEDAD CONYUGAL (Administración de las sociedades anteriores al 1º de enero de 1933, no liquidadas provisionalmente)

En otra época pudo considerarse que para los bienes de las sociedades conyugales ilíquidas, que existieran con anterioridad al 1º de enero de 1933, fecha inicial de vigencia para la ley 28 de 1932, era indispensable a la validez de los actos dispositivos que los cónyuges de consuno los celebraran, como consecuencia de la capacidad plena reconocida a la mujer en el nuevo régimen de bienes en el matrimonio. Equiparados marido y mujer, y, con los mismos derechos y prerrogativas, copartícipes de los bienes sociales, era de pensar, como lo estima el recurrente, que suprimidos como fueron los poderes absolutos del varón para disponer del patrimonio común de los cónyuges, le estaba vedado en lo sucesivo al marido enajenar, sin la aquiescencia de su mujer, los bienes gananciales de las sociedades conyugales preexistentes e ilíquidas, ya bajo el imperio del estatuto matrimonial reformatorio del Código Civil.

Así lo sostuvo la Corte en repetidos fallos. Pero el artículo 1º y único de la Ley interpretativa, 68 de 1946, entendió que por virtud de la Ley 28 de 1932 no quedaron disueltas las sociedades conyugales preexistentes, y que las no liquidadas o que no se liquiden provisionalmente, han seguido y siguen bajo el régimen civil anterior, en cuanto a los bienes adquiridos por las dichas sociedades antes del 1º de enero de 1933. Lo cual por modo claro y perentorio, significa que en conformidad con la ley antigua y según lo dicho por el artículo 1806 del Código Civil "el marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un mismo patrimonio", respecto de los adquiridos por las sociedades conyugales aún ilíquidas y que preexistieran cuando en 1º de enero de 1933 entró a regir la Ley 28 de 1932. En consecuencia, es innecesario el consentimiento de la mujer para la enajenación que el marido haga de tales bienes. (Casación Civil. Diciembre 12 de 1955 T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) ... . 722, 1ª y 2ª

— 391 —

SOCIEDAD CONYUGAL (Su liquidación provisional)

Véase el aparte **Liquidación provisional de la sociedad conyugal** en el número 269 de este Indice.

— 392 —

SOCIEDAD DE HECHO (Elementos)

La sociedad, aunque se trate nada más que de las sociedades de hecho, se integra por elementos esenciales bien determinados. Es necesario entre las partes el acuerdo de voluntades, siquiera sea implícito, dirigido específicamente a reunir bienes y esfuerzos para fines de lucro en el campo de lo lícito, dentro del juego de intereses recíprocos que envuelven equivalencia de tratamiento y el ánimo ostensible e inequívoco de asociarse:

AFFECTIO SOCIETATIS. (Casación Civil. Octubre 21 de 1955 T. LXXXI Nº 2159) .. 461, 2ª

— 393 —

SOCIEDAD DE HECHO (Prueba de su existencia)

Si falta la prueba documental directa que acredite la existencia de la sociedad como persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, es menester que de los hechos mismos pueda inferirse en forma clara y precisa que no otro fue el ánimo de quienes en pie de igualdad reunieron bienes y actividades para el logro de fines lícitos en la especulación económica. (Casación Civil. Octubre 21 de 1955 T. LXXXI Nº 2159) 462, 2ª

— 394 —

SOCIEDAD DE HECHO (La industria del hijo de familia no puede por sí sola figurar como aporte en sociedad de hecho con el padre o madre bajo cuya potestad vive)

En conformidad con el ordinal 1º, artículo 291 del Código Civil, el peculio profesional o industrial del hijo de familia está formado por "los bienes adquiridos por el hijo en ejercicio de todo empleo, de toda profesión liberal, de toda industria, de todo oficio mecánico". Y como es obvio, no se trata de la industria considerada en sí misma, ni del oficio o empleo o profesión como tales, sino de los bienes adquiridos por el hijo de familia como fruto de esas actividades, no en el seno del hogar, donde se supone que apenas cumple con el deber elemental de auxiliar a sus padres, sino en campos extraños a la familia. Se contemplan por el legislador los efectos y no la causa: el patrimonio más o menos importante que el hijo de familia pueda formarse por el ejercicio de una profesión o industria, y se le mira como emancipado o habilitado de edad para el manejo y disfrute de tales bienes, en que el padre no goza del usufructo legal. Pero esto mismo señala que la industria del hijo de familia no puede por sí sola figurar como aporte en sociedad de hecho con el padre o madre bajo cuya potestad vive.

Además, nunca podría entenderse que haya tratamiento igualitario entre quien está subordinado a otra persona por virtud de potestad legítima, reconocida y organizada por el derecho, en el caso de los padres y los hijos de familia. (Casación Civil. Octubre 21 de 1955 T. LXXXI Nº 2159) . . . 464, 1ª

— 395 —

SOCIEDAD DE HECHO

La sociedad de hecho, cualquiera que sea su categoría, exige para serlo que se reúnan los elementos esenciales de las sociedades regulares. (Casación Civil. Octubre 21 de 1955 T. LXXXI Nº 2159) 464, 2ª

— 396 —

SOCIEDADES EXTRANJERAS (Su capacidad para ser parte)

De conformidad con principios generalmente admitidos del Derecho Internacional Privado, las sociedades válidamente formadas en el extranjero deben gozar de vida extraterritorial, o sea, tener existencia en los demás países, sin reconocimiento oficial expreso. Las sociedades se forman como consecuencia natural de la libertad de asociación que no puede desconocerse en los demás países. "De acuerdo con nuestro sistema de Derecho Internacional Privado —ha dicho la Corte—, las sociedades extranjeras tienen capacidad para ser parte, tanto activa como pasiva, aun cuando su modo de constitución sea diferente del de las colombianas y su

forma no corresponda a ninguna de las autorizadas por nuestro derecho positivo. Es suficiente que la ley nacional de su país de origen reconozca esas sociedades". (Casación, julio 16 de 1937, XLV, 314; Sala Civil de Unica Instancia, octubre 10 de 1939, XLVIII 965). (Casación Civil. Diciembre 15 de 1955 T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) 767, 1ª

— 397 —

SOCIEDADES EXTRANJERAS. - PRUEBA DE SU EXISTENCIA Y REPRESENTACION EN COLOMBIA

Para los efectos de la comparecencia en juicio de las sociedades extranjeras y, por lo tanto, de la prueba de su existencia y de la representación de quienes deben obrar por ellas, hay que distinguir entre las sociedades extranjeras que tengan o establezcan empresas o negocios de carácter permanente en Colombia, y las que sólo ejercitan actividades transitorias en el país. De acuerdo con la ley colombiana, las sociedades extranjeras que tengan o establezcan empresas o negocios de carácter permanente en el territorio nacional, deben protocolizar en la Notaría del lugar en donde se halle el asiento principal de sus actividades una copia del documento de su fundación y de sus estatutos, expedida conforme a la ley de origen y debidamente autenticada por un agente diplomático o consular colombiano. El extracto notarial de tales documentos debe registrarse en la Cámara de Comercio respectiva, y publicarse en el periódico oficial del Departamento y el "Diario Oficial". Dichas sociedades deben tener en Colombia un representante acreditado con facultad suficiente para comparecer judicialmente por ellas, y el respectivo documento de procuración debe protocolizarse, registrarse y publicarse con los demás documentos. Tales requisitos están señalados especialmente en los Decretos Legislativos 2º y 37 de 1906, y en el artículo 272 del Código Judicial. Estas sociedades demuestran procesalmente su existencia y la personería de sus representantes acreditados en Colombia, con la copia notarial de los documentos protocolizados, o con la certificación de la Cámara de Comercio expedida conforme a los artículos 40 y 41 de la Ley 28 de 1931. Las formalidades y requisitos exigidos a las sociedades extranjeras con negocios permanentes en Colombia, no obligan a las sociedades extranjeras que realizan actividades transitorias en el territorio nacional. Estas últimas tienen existencia legal en Colombia y su personalidad jurídica debe serles reconocida sin necesidad de que cumplan con los requisitos y formalidades establecidos para aquéllas. Sin que ésto signifique que respecto de las sociedades extranjeras que no tengan negocios permanentes en Colombia, no haya necesidad de acreditar su existencia legal cuando comparecen procesalmente como demandantes o demandadas ante los jueces o tribunales colombianos. De acuerdo con los principios del Derecho Internacional Privado, tales sociedades tienen capacidad para ser parte, activa y pasiva, y la prueba de su existencia, admisible en Colombia, será la que determinen las leyes del país en donde se han formalizado o constituído. A este respecto, la Corte ha dicho: "Las sociedades formadas en país extranjero, se rigen en cuanto a constitución y requisitos por la ley de su origen, según el principio de Derecho Internacional Privado, LOCUS REGIT ACTUM; y por lo que respecta al ejercicio de derechos y a la efectividad de obligaciones que han de producir efectos en Colombia, los documentos comprobatorios respectivos extendidos allá tienen a su favor la presunción de que lo fueron conforme a la ley local de su origen, salvo que parte interesada compruebe lo contrario". (Casación, octubre 5 de 1927, XXV, 29). De acuerdo con lo anterior, si para comprobar la existencia legal

de una de tales sociedades se presenta al juez un instrumento público extendido en país extranjero y debidamente autenticado por el respectivo agente diplomático o consular de Colombia, instrumento en el cual se da fe de la existencia de la compañía conforme al lugar de su constitución, él es prueba suficiente para dar por acreditada la capacidad para ser parte de tal sociedad. Y el hecho de la autenticación del instrumento por el funcionario diplomático o consular de Colombia, hace presumir su conformidad con la ley del lugar de su otorgamiento, según lo estatuye el artículo 657 del Código Judicial (hoy Art. 1º de la Ley 39 de 1933). (Casación Civil. Diciembre 15 de 1955 T. LXXXI Nos. 2160-61) .. 767, 2ª y 768, 1ª

— 398 —

SUCESION (Adquisición de la propiedad de los bienes hereditarios)

La propiedad de los bienes hereditarios se adquiere con base en un título —la ley o el testamento— mediante el modo que el artículo 673 del C. C. consagra y denomina "sucesión por causa de muerte". Esta es la forma jurídica por medio de la cual, la persona, con vocación hereditaria, adquiere los bienes del sujeto que fallece. Lo cual se debe tener presente al tratarse de fijar el sentido o efecto de la partición de la masa hereditaria, entre los sucesores y en relación con el DE CUJUS). (Casación Civil. Octubre 31 de 1955 T. LXXXI Nº 2159) 511, 1ª y 2ª

— 399 —

SUFRAGIO (Es un derecho político del ciudadano)

Es verdad que el artículo 179 de la Constitución dice que el sufragio se ejerce como función constitucional. Pero de que ello sea así no se desprende que el sufragio no sea al propio tiempo un derecho político del ciudadano. (Sala Plena. Septiembre 14 de 1955 T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) 12, 1ª

— 400 —

SUFRAGIO (El que sufraga o elige no impone obligaciones al candidato)

El mandato popular hay que ejercerlo conforme a precisas prescripciones de la Constitución y de las leyes. Por eso el que sufraga o elige no impone obligaciones al candidato. La actividad del elegido la regula la ley y no el elector. Para este solo objeto se dijo en la Constitución que el sufragio SE EJERCE como función constitucional, no como mandato privado. Pero además del carácter de función señalada en el artículo 179, el sufragio ES un derecho individual del ciudadano. (Artículo 171). La funcion mira AL EJERCICIO. El derecho es atributo esencial anterior al ejercicio. (Sala Plena. Septiembre 14 de 1955 T. LXXXI Nos. 2157-2158) .. .. 12, 2ª y 13, 1ª

— 401 —

SUFRAGIO (Art. 172 de la C. N.)

El artículo 172 de la Constitución Nacional, al consagrar la representación proporcional de los partidos, no establece que los partidos sean los que eligen y que como consecuencia existe una subordinación de los electores a lo que la ley establezca en relación con el ejercicio del sufragio y en orden a buscar esa proporcional representación de los partidos. Es obvio que ella debe alcanzarse y que en principio son rectamente ordenadas al fin perseguido por el constituyente las reglas dirigidas a realizar tal proporcionalidad. Sin embargo, ésta no es la única norma contenida en la Ley de leyes sobre la materia, ni puede afirmarse que ella

tenga prelación o vigencia superior a las otras del mismo Estatuto referentes al sufragio. Semejante conclusión no puede sacarse de los términos del artículo 172, al decir que "la ley determinará la manera de hacer efectivo este derecho". El ordenamiento faculta a la ley para disponer lo que estime conveniente en orden a conseguir la proporcional representación de los partidos. Al hacerlo, el legislador debe tener en cuenta las demás disposiciones de la Carta tocantes con el sufragio. Entre ellas principalmente, la que fija en cabeza de los ciudadanos el derecho a elegir. No puede admitirse jurídicamente, que el único derecho del ciudadano en materia electoral consista en consignar su voto, solamente, y que lo que de ahí en adelante suceda les atañe a los partidos políticos y no al elector. La elección comprende la votación y el escrutinio, es decir, todo el proceso a través del cual la voluntad de los electores se manifiesta y se computa para ser reconocida en favor de determinados nombres que van a elegir. ESCRUTAR, conforme al diccionario, es "reconocer y computar los votos que para una elección se han dado". Si el sistema de escrutinio y cómputo de votos altera o hace ineficaz la voluntad del ciudadano, no desarrolla los principios y las normas de la Constitución. De conformidad con éstas, el sufragante debe concurrir a las urnas sujetándose a los procedimientos que señala el legislador, entre los cuales puede figurar el de la presentación de los electores agrupados por medio de listas que han de inscribirse con anterioridad a la elección por los partidos políticos. Además, puede la ley disponer que se cumplan otros requisitos, todos los que quepan racionalmente dentro del objeto buscado por el constituyente, de que los partidos tengan una representación proporcional a sus votos, pero siempre que no se quebranten otros preceptos de la Carta. (Sala Plena. Septiembre 14 de 1955 T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) 14, 2ª y 15, 1ª

— 402 —

SUSTRACCION DE MATERIA EN LAS ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

Véanse los apartes **Inexequibilidad de las leyes** en los números 248, 249 y 250 de este Indice.

— T —

— 403 —

TERCERIA EN JUICIO EJECUTIVO (Necesidad de su publicación en un periódico)

De la atenta lectura de las disposiciones de los artículos 1.065 y 1.066 del C. Judicial se deduce fácilmente que la intención del legislador al dictar estas normas, no fue otra que la de procurar la mayor publicidad posible al hecho procesal de la admisión de la primera tercería, a fin de que toda persona que posea obligaciones exigibles contra la parte ejecutada, pueda hacer valer sus derechos en la respectiva ejecución. No se satisface esa voluntad implícita de la ley procedimental con la sola fijación del edicto dentro del recinto del Juzgado: es necesario, además, que el hecho sea conocido a través de la circulación de un periódico, por el mayor número de personas. (Negocios Generales. Septiembre 15 de 1955 T. LXXXI. Nos. 2157 y 2158) 335, 1ª

— 404 —

TESTAMENTO (Presunción de validez del otorgado ante Notario)

La Corte reitera la doctrina constante sobre presunción de la validez del testamento otorgado ante Notario, susceptible de ser desvirtuada únicamente por medio de una prueba incontrastable. No basta que los testigos afirmen que no conocen el interior de la morada donde fue otorgado el testamento, o simplemente, que no estuvieron allí, y aún

más: que no firmaron; porque entre lo que dicen ellos y aquello de que da fe el Notario, se debe estar a lo último, ya que en este funcionario deposita la ley la fe pública respecto de los actos y contratos que ante él pasan, según el artículo 2576 del C. C. De manera que si el Notario da fe de que los testigos concurrieron, ha de tenerse tal afirmación por cierta, mientras no se destruya mediante una prueba fehaciente. (Sala Plena de Casación Civil. Noviembre 30 de 1955 T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) 651, 1ª

— 405 —

TESTIMONIO (El incumplimiento del art. 686 del C. J. no puede dar lugar a casación)

El incumplimiento del art. 686 del C. J. si bien es una irregularidad censurable que puede disminuír fuerza de convicción a la prueba testimonial en determinados casos, no es por sí solo motivo legal para desechar necesariamente las deposiciones y prescindir en absoluto de ellas, siendo improcedente fundar un cargo en casación por la circunstancia de que el Tribunal hubiera aceptado los testimonios así rendidos, ya que al admitir o rechazar esa prueba queda sometido al poder discrecional del juzgador. (Casación Civil. Agosto 27 de 1955 T. LXXXI. Nos. 2157 y 2158) 76, 2ª

— 406 —

TESTIMONIO (La declaración rendida con las formalidades legales se presume auténtica)

En esta disposición (artículo 235 del C. de P. P.), el legislador establece una presunción de legalidad sobre los hechos declarados y sobre los actos pasados ante el funcionario público y la autenticidad de los unos y de los otros no puede en ningún caso quedar sometida a la voluntad caprichosa del declarante, para negar posteriormente lo afirmado, ni al arbitrio del funcionario que lo recibe para modificarlo después, sino a lo que conste en dicho documento cuando él se expide o cuando la declaración se recibe; por esto es, por lo que, la ley para garantizar la fe pública debida a dichos documentos sanciona como delito de falsedad las alteraciones que en ellos se cometen, o las aservaciones faltas que en ellos se certifican, pero, cuando se alega la falsedad, ésta debe probarse.

Cuando en la declaración existe constancia de que ella fue tomada por el Juez o funcionario que la recibe; que el testigo fue previamente juramentado y que ella fue leída personalmente por el declarante o por el Secretario debidamente autorizado por aquél, ésta —la declaración— se presume auténtica por ser un documento público expedido con las formalidades legales, pues el delito de falsedad no se configura por la simple afirmación que posteriormente haga el testigo de que no se le recibió juramento, o de que el Juez no estuvo presente en su recepción, o de que en ella se hicieron constar hechos que no fueron relatados por el declarante, sino por la demostración plena de ser falsos los hechos que constan o se certifican en la declaración. De no ser así, la fe debida a los documentos públicos estaría sujeta a la voluntad de quien declara y no a la ley que garantiza la autenticidad de los mismos. (Casación Penal. Diciembre 6 de 1955 T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) . . . 867, 1ª y 2ª

— 407 —

TESTIMONIO (Su valor probatorio en materia penal)

Es indiscutible que un testigo, cuyo testimonio ofrezca motivo de credibilidad, por sus condiciones personales, por el modo como refiere lo que ha pasado por sus ojos o han percibido sus oídos, por el estado de ánimo

en que se encontraba tanto al referir lo apreciado por él como antes al observarlo, puede garantizar más perfectamente la verdad de lo que expone, que dos o más, que aún de acuerdo sobre el mismo punto, carezcan de aquellas cualidades. (Casación Penal. Noviembre 25 de 1955 T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) 845, 2ª

— 408 —

TITULO (Diferencias con la legitimidad de la extensión de las tierras que se posean con base en él)

En numerosas sentencias la Sala de Negocios Generales de la Corte ha sentado la doctrina que ahora se ratifica de que "una cosa es la validez de un título y otra muy distinta la legitimidad de la extensión de las tierras que en un momento dado posea una persona con base en él. El fallo favorable sobre el valor legal de unos títulos no lo es, por sí solo, necesariamente, respecto a una área determinada con la cual dichos títulos se relacionan. Es esencial a la luz de los principios jurídicos y del derecho positivo la determinación del objeto sobre que recae el acto de enajenación y adjudicación por parte del Estado, de tierras que en virtud de ese acto pasan al patrimonio de los particulares. Como las adjudicaciones se hacen con el fin de traspasar y de adquirir porciones de tierra, es indispensable, para que el acto de la autoridad produzca efectos, que la extensión territorial se determine y concrete". (Negocios Generales. Agosto 29 de 1955 T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) 327, 2ª y 328, 1ª

— 409 —

TITULO (La sentencia de adjudicación y la partición extrajudicial son simples títulos declarativos)

La sentencia de adjudicación y la partición misma extrajudicial son simples títulos declarativos de ser titulares los herederos de los bienes distribuídos, desde la fecha de la muerte del causante, en virtud de la transmisión hereditaria y del efecto retroactivo expresado. (Casación Civil. Octubre 31 de 1955 T. LXXXI Nº 2159) 511, 2ª y 512, 1ª

— 410 —

TITULO TRASLATICIO DEL DOMINIO

El artículo 765, inciso 4º, del C. C. prescribe que pertenecen a la clase de títulos traslaticios "las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición". Este texto comprende todo acto de partición judicial o extrajudicial, cualquiera que sea el origen de la comunidad: legal o convencional; y cualquiera que sea la especie de comunidad: universal o singular. Respecto de todas ellas, dicho precepto señala a la partición, judicial o extrajudicial, el valor de título traslaticio de propiedad. Este valor no existe porque es incompatible con la naturaleza y funcionamiento del mencionado modo de adquirir y con el carácter retroactivo de la partición, ambos factores de prevaleciente influjo en la interpretación legal de la materia. (Casación Civil. Octubre 31 de 1955 T. LXXXI Nº 2159) . . . 511, 2ª

— 411 —

TITULOS TRASLATICIOS DE DOMINIO (Pertenecen a esta clase las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición)

Pertenecen a los títulos traslaticios de dominio las sentencias de adjudicación de los juicios divisorios y los actos legales de partición, puesto que el derecho de propiedad que el causahabiente recibe radicaba ya en cabeza del causante, y no se trata entonces de adquirir por modo originario, sino deri-

vado: no de título constitutivo de dominio, sino traslaticio, según la expresión del Código Civil (artículo 765). La Corte señaló el alcance de este precepto en su sentencia de 31 de octubre de 1955, publicada en la GACETA JUDICIAL número 2159, pág. 502. (Casación Civil. Diciembre 14 de 1955 T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) . . . 757, 1ª

— 412 —

TRABAJOS PUBLICOS (Las acciones indemnizatorias por trabajos públicos, con motivo de la ocupación permanente de la propiedad privada por la administración, son de la competencia de la justicia ordinaria)

La Corte en fallo pronunciado en Sala Plena el 20 de junio de 1955 declaró inexequibles el artículo 269 de la Ley 167 de 1941 y los artículos 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267 y 268 de la misma Ley "en cuanto reglamentan el ejercicio ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo de las acciones por indemnización de perjuicios por trabajos públicos, con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada por la administración pública". En dicho fallo se sentó inequívocamente la doctrina de que las acciones indemnizatorias por trabajos públicos, con motivo de la ocupación permanente de la propiedad privada por la administración, son de la competencia de la justicia ordinaria, por disponerlo así la propia Carta, sin que la ley pueda atribuír a las autoridades de lo contencioso-administrativo el conocimiento de tales acciones. (Casación Civil. Octubre 4 de 1955 T. LXXXI Nº 2159) 378, 1ª

— 413 —

TRABAJOS PUBLICOS. - CASO EN QUE PROSPERA LA CAUSAL 7ª DE CASACION (Competencia de la justicia ordinaria para conocer de las acciones indemnizatorias por la ocupación permanente de la propiedad privada con motivo de trabajos públicos)

En el caso SUB JUDICE, el Tribunal fundó su decisión de incompetencia con base en las disposiciones del Código Contencioso-Administrativo que se han declarado violatorias de la Carta. El sentenciador consideró que las acciones incoadas se referían a indemnizaciones por ocupaciones de hecho de unos acueductos particulares y su incorporación a un acueducto municipal. Habiendo cesado por la sentencia de inexequibilidad, el conflicto jurisdiccional que anteriormente existía entre la justicia ordinaria y las autoridades de lo contencioso-administrativo, y apareciendo hoy como incontrovertible dentro de la actual organización jurídica del país, que acciones como las incoadas en el presente caso son de la competencia privativa de la justicia ordinaria, el fallo recurrido debe infirmarse por la causal séptima invocada, ya que el Tribunal declinó explícitamente la jurisdicción en el pleito y se abstuvo de fallar en el fondo, en la creencia errada de que las acciones intentadas correspondían a los tribunales administrativos. (Casación Civil. Octubre 4 de 1955 T. LXXXI Nº 2159) . . . . . 378, 1ª y 2ª

— 414 —

TRADICION (Condiciones)

La TRADICION, según definición del artículo 740 del Código Civil, es un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el DUEÑO hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad o intención de transferir el dominio y por otra capacidad e intención de adquirirlo, de tal suerte que quien no es dueño no puede efectuar una verdadera tradición; con razón expresó la Corte en fallo de 28 de junio de 1937: "la TRADICION exige en el tradente estas condiciones subjetivas: propiedad de

la cosa, facultad de transmitir su dominio, intención de enajenar; si falta una de estas condiciones NO HAY TRADICION y por lo mismo no hay enajenación". (Casación Civil. Septiembre 15 de 1955 T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) 133, 2ª

— 415 —

TRADICION (De bienes inmuebles)

Tratándose de bienes inmuebles, la obligación del vendedor de efectuar la tradición de la cosa vendida no queda cumplida con el simple registro de la escritura en que consta el contrato; tal obligación sólo se cumple mediante una tradición válida y eficaz, o sea proveniente del verdadero dueño. (Casación Civil. Septiembre 15 de 1955. T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) 134, 2ª

— 416 —

TRADICION (Debe ser hecha por el verdadero dueño)

La tradición para que sea válida y eficaz, debe ser hecha por el verdadero dueño. (Casación Civil. Septiembre 15 de 1955 T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) 134, 1ª

— 417 —

TRADICION (Obligación de transferir el dominio por el vendedor)

De conformidad con el artículo 1849 del Código Civil, la compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a DAR una cosa, esto es, a transferir el dominio de la misma, obligación que se cumple mediante la TRADICION, modo de adquirir claramente definido en el artículo 740 del Código Civil.

La obligación de dar contiene la de entregar pero no se confunde con ésta (artículo 1605 del Código Civil); cierto es que el artículo 1880 del mencionado Código, al señalar las obligaciones del vendedor, no habla de obligación de dar sino de obligación de entregar, pero cierto es también que la citada disposición es clara en el sentido de expresar que el vendedor debe hacer tradición de la cosa vendida conforme a las reglas contenidas en los artículos 740 y siguiente del Código Civil; a este respecto ha dicho la Corte que la obligación de entregar a que se refiere la disposición de que se trata tiene, en su cumplimiento, dos efectos necesarios: transferir la propiedad al comprador y procurarle la libre posesión no sólo civil sino física exenta de todo obstáculo. (Casación Civil. Septiembre 15 de 1955 T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) 133, 1ª

— 418 —

TRANSACCION (No requiere que se haya formalizado por escrito)

Siendo la transacción un contrato meramente consensual no es indispensable, para que su existencia pueda reconocerse jurídicamente en casos como el de autos, que se haya formalizado por escrito. Esta formalización tiende, desde luego, a establecerla objetivamente, y habrá de requerirse en algunos casos; mas en otros, la transacción puede establecerse por varios de los medios probatorios reconocidos en la ley. (Negocios Generales. Diciembre 6 de 1955 T. LXXXI. Nos. 2160 y 2161) 1.003, 1ª

— 419 —

TRANSPORTE AEREO (Es un servicio público aun cuando no sea prestado por el Estado)

El transporte aéreo organizado, de personas o cosas, es un servicio público aun cuando no sea prestado por el Estado, ni lo pres-

te una empresa por concesión o delegación del Estado (art. 39 de la Carta). La ley 89 de 1938, orgánica de la aviación civil, confirma y acentúa este carácter. (Casación Civil. Septiembre 27 de 1955 T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) ... . 168, 2ª y 169, 1ª

— 420 —

TRANSPORTE AEREO (Investigación por el Estado de las causas de los accidentes aéreos)

En relación con las funciones que tiene el Estado de reglamentación, inspección y vigilancia del transporte aéreo, se destaca el papel que le corresponde en la investigación de las causas de los accidentes aéreos, de conformidad con los artículos 35, 36 y 37 de la ley 89 de 1938. Siendo oficial la función de designar las comisiones, oficial el personal técnico con que se integran y oficial también la función que se les atribuye, sus informes, en cuanto registran hechos o certifican el funcionamiento regular o irregular de instalaciones, equipos o servicios, tienen, fuéra de un alcance netamente administrativo, dirigido a saber si las empresas cumplen los reglamentos oficiales, un mérito legal dentro de los procesos civiles y penales, de acuerdo con los artículos 632 y 251 de los Códigos de procedimiento civil y penal, respectivamente, y 37 y demás preceptos de dicha ley 89 concernientes a las comisiones en referencia. (Casación Civil. Septiembre 27 de 1955 T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) 169, 1ª y 2ª

— 421 —

TRANSPORTE AEREO (Obligaciones del transportador en relación con el pasajero)

Se reitera la doctrina según la cual sobre el transportador por aire pesa la obligación de llevar sano y salvo al pasajero; debe, por tanto, tomar todas las precauciones que profesionalmente sean necesarias para que no se produzcan accidentes; y se exonera de responsabilidad mediante la prueba de haber obrado así, esto es, de la ausencia de culpa. La Corte ha revisado la construcción jurídica elaborada en fallos anteriores, con elementos dispersos de la ley positiva, por no contener ésta disposiciones especiales sobre dicha clase de transporte, y la considera ajustada al derecho, a la naturaleza peculiar de la navegación aérea y a la doctrina general sobre tan importante materia. (Casación Civil. Septiembre 27 de 1955 T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) 167, 2ª, 168, 1,ª 170, 1ª y 171, 1ª

— 422 —

TRANSPORTE AEREO (Prueba de la prudencia y diligencia en el transporte aéreo)

Si las empresas tienen el deber legal de prudencia y diligencia y el cumplimiento de este deber está bajo la vigilancia y control del Estado, es apenas lógico que las deficiencias o vacíos que anoten las comisiones, como contrarios que son a la justa ejecución de ese deber, sean otros tantos puntos a que específicamente debe referirse el empeño liberatorio del transportador, eliminando así la culpa en relación con cada uno de esos puntos. La víctima no está comprometida a establecer la culpabilidad de la empresa. Es ésta quien debe probar su inculpabilidad acreditando su diligente y prudente proceder integral, sin dejar de referirse particularmente a las fallas registradas por la comisión, pretextando haber sido observadas por ésta y no haberlas probado el damnificado. Porque, por una parte, es el conductor quien debe probar su propia diligencia y no la víctima la falta de diligencia en el conductor; y por otra, el Estado ha de tener ese mínimo de participación (el señalamiento de las fallas o deficiencias), en tratándose

de un servicio público de tanta monta como es el del transporte aéreo, puesto bajo su control, al cual no puede ser ajeno nada de lo que concierna a ese deber legal de diligencia que sintetiza justamente la responsabilidad del transportador. (Casación Civil. Septiembre 27 de 1955 T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) 170, 2ª

— 423 —

TRANSPORTE AEREO (Reglamentación y vigilancia del Estado)

El transporte aéreo está sometido a la reglamentación, la inspección y la vigilancia del Estado (aa. 39 de la Carta, 318 del C. de Co. Terrestre y 23 de la Ley 89 de 1938), funciones que le están atribuídas a la Dirección General de Aeronáutica Civil, dependencia del Ministerio de Obras Públicas. (Casación Civil. Septiembre 27 de 1955 T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) 169, 1ª

— 424 —

TRANSPORTE AEREO (Valor probatorio de los informes de las comisiones técnicas investigadoras de los accidentes aéreos)

La Corte reitera la doctrina consistente en aceptar los informes de las Comisiones técnicas encargadas de investigar los accidentes aéreos, así: primero, limitando su ámbito a las observaciones relacionadas con el personal y funcionamiento de los equipos e instalaciones o de sus diferentes servicios, ya que no se trata de un dictamen pericial producido en la forma ordinaria; segundo, con un valor demostrativo de haber cumplido o no el transportador la obligación de prudencia y diligencia, valor que las partes pueden sustentar o desvirtuar por los medios legales y que al Juez corresponde fijar de manera definitiva.

No se trata de un régimen de excepción al derecho común sobre pruebas, sino de una aplicación peculiar de los preceptos antes citados, a la materia del transporte aéreo, dentro de los límites antedichos. Ni se trata tampoco del dictamen pericial reglamentado en el capítulo VIII, título XVII, del libro 2º del C. de P. C. Se trata simplemente de informes formulados por expertos oficiales en ejercicio de una función pública. Es verdad que los informes de que se trata se producen inicialmente al margen de toda controversia; mas, reducida, por una parte, su órbita, según queda expresado, y siendo controvertibles, en todo caso, al ser aducidos en el proceso civil, no es de monta la objeción formulada a este respecto. (Casación Civil. Septiembre 27 de 1955 T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) .... 170, 1ª y 2ª y 171, 1ª

— U —

— 425 —

USUCAPION (para declarar el dominio)

Para hacer una declaración de dominio con base en la posesión material o usucapión, sea ordinaria o extraordinaria, se necesita que ésta no ofrezca lugar a duda alguna, dicho de otro modo, que se tenga certeza plena sobre la posesión con ánimo de dueño por parte de quien la invoca. (Casación Civil. Septiembre 1º de 1955 T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) 110, 1ª

— V —

— 426 —

VENTA (Alcance del artículo 1934 del C. C.)

La jurisprudencia de la Corte expresada en numerosos fallos, ha considerado que la disposición contenida en el artículo 1934 del Código Civil tiende a la protección de legí-

timos intereses de terceros. Pero en cuanto a las declaraciones que hayan hecho los otorgantes en escritura pública, permiten prueba en contrario dentro de los límites y en los casos señalados por los artículos 91, 92 y 93 de la ley 153 de 1887. (Casación Civil. Octubre 20 de 1955 T. LXXXI Nº 2159) .. 450, 1ª

— 427 —

VENTA (Obligación del vendedor de entregar todo lo comprendido en los linderos expresados)

Cuando se vende un inmueble designando claramente sus linderos, la venta debe entenderse que se hizo como de especie o cuerpo cierto y el vendedor queda obligado a entregar al comprador, sin alteración del precio, todo lo comprendido en los linderos, sea cual fuere su cabida. (Casación Civil. Octubre 10 de 1055 T. LXXXI Nº 2159) 399, 1ª

— 428 —

VENTAS SEPARADAS DE UNA MISMA COSA A VARIAS PERSONAS

En caso de ventas separadas de una misma cosa a varias personas, a que se refiere el artículo 1873 del Código Civil, se prefiere, en tratándose de inmuebles, al comprador que primeramente haya registrado su título, y en cuanto a muebles, a quien primero se haya entregado materialmente la cosa, esto es, a quien, por la prioridad de la inscripción o de la entrega material, pasa a ser propietario. (Casación Civil. Octubre 21 de 1955 T. LXXXI Nº 2159) 474, 2ª

— 429 —

VEREDICTO (Circunstancia modificadora reconocida por el Juri)

Para que el funcionario de derecho pueda aceptar una circunstancia MOFIDICADORA reconocida por el Juri, bien porque ella se incluyó en el cuestionario sometido a su considearción por el Juez de la causa o porque, en su soberanía, los jueces de conciencia aquisieron admitirla sin serles preguntada, es requisito indispensable que la respuesta se ciña o adapte, si no en su tenor literal al menos sustancialmente, a la definición de la ley, porque es ésta y no la jurisprudencia la que estructura los delitos.

En el caso sub judice, el Jurado respondió que el homicidio y las lesiones imputadas a N. N. ocurrieron "en riña". No contestó "en riña suscitada de un modo imprevisto", como lo exige el artículo 384 del Estatuto Punitivo, ni empleó las locuciones equivalentes "en riña imprevista suscitada", "en riña que no le era posible prever al procesado" u otras semejantes. Por eso, la simple contestación "en riña" no podía tenerse, por el funcionario de derecho, como elemento de la figura contemplada en dicha disposición. (Casación Penal. Septiembre 12 de 1955 T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) 269, 1ª

— 430 —

VEREDICTO (Cuando se niega el propósito de matar)

Negar, por parte del Jurado, el propósito de dar muerte, no implica necesariamente la absolución. (Casación Penal. Septiembre 22 de 1955 T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) 296, 1ª

— 431 —

VEREDICTO (Declaración de su contraevidencia)

Son los artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal —no el 362 del Código Penal —los que facultan a los jueces de instancia para declarar el veredicto contrario a la evidencia de los hechos, cuando así apareciere claramente de autos, y para convocar un nuevo Jurado que los califique en forma definitiva. (Casación Penal. Diciembre 12 de 1955 T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) 892, 1ª

— 432 —

VEREDICTO (En la sentencia no es posible deducir modalidades del delito no reconocidas en el veredicto)

Si ni en la pregunta que se le propuso al Jurado ni en la respuesta del mismo, se declaró los elementos que modifican el homicidio y las lesiones, como, por ejemplo, si el delincuente obró en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación (caso del artículo 28 del C. P.), o en riña imprevista (caso del artículo 384 ibidem), no es posible que en la sentencia se deduzcan esas modalidades, porque ello equivaldría a desconocer el veredicto y el planteamiento de los cargos, dando entonces sí lugar a que se alegara la causal tercera de casación. (Casación Penal. Diciembre 7 de 1955 T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) 876, 2ª

— 433 —

VEREDICTO (Interpretación del)

Al contestar el Juri que N. N. "SI ES RESPONSABLE DE LAS HERIDAS QUE CAUSARON LA MUERTE A Z. Z., PERO SIN INTENCION NI PROPOSITO DE MATARLO", no hizo otra cosa que reconocer la existencia de un homicidio preterintencional. Ni la segunda parte de la contestación ("Y EN MOMENTO DE RECIBIR GRAVES ULTRAJES CONTRA SU HONOR Y REPUTACION DE HOMBRE"), ni la tercera ("PERO SI PUDO TENER INTENCION DE HERIRLO"), podían alterar el contenido sustancial de la primera. (Casación Penal. Diciembre 12 de 1955 T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) 892, 2ª

— 434 —

VEREDICTO CONTRA - EVIDENTE

Si la determinación de la responsabilidad es función privativa del Jurado, la misión del Juez de derecho consiste en interpretar el veredicto para encauzarlo dentro de las disposiciones de la Ley Penal. Y para que haya desacuerdo entre la sentencia que interpretó el querer del Jurado acomodando su decisión al precepto legal correspondiente, y el veredicto emitido, se requiere que, la disconformidad sea clara, apreciable, manifiesta, es decir, que el fallo se oponga abiertamente al preciso pensamiento de los Jueces de conciencia concretado en una fórmula que no se preste a ninguna ambigüedad. (Casación Penal. Septiembre 22 de 1955 T. LXXXI Nos. 2157 y 2158) 296, 2ª y 297, 1ª

— 435 —

VIOLENCIA CARNAL (Modalidades del delito)

La violencia, cuya condición primordial es la ilegitimidad, puede ser física o moral; pero aquélla, además, puede ser efectiva o presunta, por causa natural o accidental. Si una persona abusa sexualmente de otra aprovechando la idiotez, el sonambulismo, la senibilidad o la demencia de la misma, habrá cometido un delito de violencia presunta

por causa natural. Si realiza el mismo hecho hallándose la víctima ebria o en estado de hipnotismo o narcotismo, o excitada por algún afrodisíaco, o dormida mediante una droga que la sumió en un sueño artificial, la violencia será también presunta pero por causa accidental.

Si la situación de la víctima (sueño, hipnosis, embriaguez) proviene de la actividad de quien consuma el hecho, la violencia es, además, compulsiva; si fue otro quien provocó ese estado, la violencia es inductiva.

Pero es indiferente para la perfección del delito que la víctima se encuentre colocada en imposibilidad defensiva por causas ajenas a la voluntad del actor, o que haya sido él mismo quien la puso en condiciones que le facilitaran la realización del acto, anulando toda resistencia y capacidad de lucha del sujeto pasivo del delito. (Casación Penal. Noviembre 15 de 1955. T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) ..... 820, 1ª y 2ª

— 436 —

VIOLENCIA CARNAL (Necesidad de la pericia médico-legal)

Si cuando la causa de la violencia carnal es sólo física —efectiva— y consiste en dominar a la víctima por medio de la fuerza, reduciéndola a la impotencia, es preciso registrar las huellas que hayan quedado en la persona, asimismo, si se trata de la violencia presunta, es de todo punto necesario comprobar de qué procedimiento se valió el responsable para conseguir su propósito. El procedimiento tiene que ser eficaz, porque, por ejemplo, no cualquier cantidad de alcohol produce el grado de relajamiento necesario para que sea posible aseverar que el acto carnal ocurrió sin conocimiento de la poseída. (Casación Penal. Noviembre 15 de 1955 T. LXXXI Nos. 2160 y 2161) 820, 2ª y 821, 1ª

REPUBLICA DE COLOMBIA
DIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

T A B L A

DE LAS DISPOSICIONES LEGALES CITADAS, INTERPRETADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO LXXXI DE LA "GACETA JUDICIAL"

NOTA—Las cifras puestas en la columna de "números" indican los apartes de jurisprudencia que componen este Indice.

Artículos	Números
TRATADO BOLIVARIANO DE CARACAS, SOBRE EXTRADICION (1911)	
VIII	49, 159, 201
ACTO LEGISLATIVO Nº 3 DE 1910	
—	249
CONSTITUCION NACIONAL VIGENTE	
11	201
16	161
17	161
20	365
23	155, 158, 201
24	155
26	258, 264, 288, 289, 342
30	145, 151, 161, 197, 296
32	161
37	145
38	268
39	419, 423
40	9
50	145
55	365
63	365
76, ord. 12	202
118, ord.8º	189
120, ord. 15	161
121, inc. 3º	189
163	249
171	163, 400
172	401
179	399, 400
214	249
CODIGO CIVIL	
66	230
92	204, 208
154, ord. 4º	1
156	2
214, inc. 2º	205
215	207
216	207
217	207
219	207
291, ord. 1º	394
395	186
397	211, 322
398	221
399	209, 211
632	420
650	223
673	398
716	349
718	349
740	414, 417
752, inc. 2º	123
757	225
765	411
765, inc. 4º	410
775	72
779	300
946	136, 355
947	136
948	136

Artículos	Números
949	136, 355
964	349
970	350
971	350
1012	300
1013	300
1019	46
1020	46
1056	380
1195	380
1196	380
1203	380
1204	380
1226	45
1321	310
1391	299
1392	299
1401	300
1524	168
1546	127, 363
1605	417
1616	363
1617	363
1618	297
1740	386
1757	77
1766	377, 386
1806	390
1820	269
1821	269
1822	269
1823	269
1824	269
1825	269
1826	269
1827	269
1828	269
1829	269
1830	269
1831	269
1832	269
1833	269
1834	269
1835	269
1836	269
1849	417
1856	384
1871	123
1873	428
1874	123
1880	417
1909, inc. final	254
1986, inc. 3º	254
1934	426
1954	323
1967	114
1990	254
2077	24
2143	228
2170	384
2184	228
2452	259
2576	404
2669	113
CODIGO DE COMERCIO	
56	268
313	130
315	130
318	423
641	239
CODIGO DE PETROLEOS	
—	312
CODIGO PENAL	
12	140
16	148
17	148
28	432
29	164, 274
37, ord. 9º	229
38, ord. 5º	164
61	274
63	274
95	307
105, inc. 4º	325
168	329, 330
172	12
178	3
179	238
362	431
373, inc. 2º	85
384	429, 432
398	229, 374
398, num. 5º	229
404	374

Artículos	Números
408	191
537	431
554	431
CODIGO DE JUSTICIA PENAL MILITAR	
11	244
24	244
CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	
254	53, 55
261	412
262	412
263	412
264	412
265	412
266	412
267	412
268	412
269	412
CODIGO JUDICIAL	
18	238
40	118
170	153
217	136
222	355
241	143
242	143
272	397
283	152
341	195
372	370
435, num. 15	167
442	232
448, ord. 2º	143, 281
448, ord. 3º	105
450	281
453	283
457	259
465, num. 3º	273
472	79
473	32
474	32
494	95
519	134, 135
520	94
520, ord. 1º, inc. 2º	62, 73, 93, 97
520, ord. 2º	99, 101
520, ord. 6º	97, 104, 105, 281
520, ord. 7º	73, 106, 108, 109
522	273
530	252
537	73
552	252
553	307
593	76
597	112
606	71
630	351
632	420
635	352
657	397
686	405
697	68, 209
716	304
721	304
968	225
1031	257
1032	257
1065	403
1066	403
CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL	
7º	232
10	243
11	245
12	6
44, num. 3º	41
45, letra i)	41
50	116
56	116, 120
57	116, 120
58	58
74	232
130	152
153	28, 41, 325, 375
156, num. 2º	232
161	232
168	279
173	279
189	41
198	289, 291
199	289, 291
221	230
235	406

Artículos	Números
251	420
283	243
284	243
293	243
298	139
379	158
383	49, 155, 158
384	155
392	156
398, num. 5º	229
410	41
421	57
424	57
428	57
430	41
437, ord. 1º	6
461	153
537	431
554	431
557	85
559	134, 135
563	84
563, inc. 2º	344
565	344
567, ord. 2º	86, 101, 339
567, ord. 3º	86, 103
567, ord. 4º	284
567, ord. 7º	86, 110
570, ord. b)	284
703	152
709, ord. b)	200
LEYES ESPECIALES	
LEY 153 DE 1887	
5	168, 254
8	168, 170, 254
55	213
57	215
58	215
80	308
91	426
92	426
93	271, 426
LEY 95 DE 1890	
6	207
LEY 53 DE 1909	
3	22
LEY 60 DE 1916	
3	50, 51, 52
LEY 46 DE 1918	
—	145
LEY 25 DE 1921	
—	234
LEY 46 DE 1923	
12	297
14	297
LEY 62 DE 1928	
9	252
10	252
LEY 120 DE 1928	
—	33, 35, 236
2, inc. 1º	29, 36
4	30, 31
7, inc. 1º	30, 31, 35
8	31, 35
9	31
12, inc. 1º	32
LEY 44 DE 1929	
—	145
LEY 21 DE 1931	
—	9
LEY 28 DE 1931	
40	389, 397
41	389, 397

Artículos	Números
LEY 37 DE 1931	
—	312
LEY 28 DE 1932	
—	390
7	269
LEY 39 DE 1933	
1	397
LEY 10 DE 1934	
—	145
LEY 45 DE 1936	
—	209, 213
1	213
2	213
4	211, 213, 357, 358
4, num. 4º	357, 358
5	211
6	210, 211, 221, 322
7	209, 211
LEY 48 DE 1936	
—	103
LEY 50 DE 1936	
2	215
LEY 61 DE 1936	
2	145
LEY 63 DE 1936	
—	265
LEY 91 DE 1936	
—	145
LEY 160 DE 1936	
—	312
LEY 200 DE 1936	
1	52
7	352

Artículos	Números
LEY 89 DE 1938	
—	419
23	423
35	420
36	420
37	420
LEY 92 DE 1938	
19	186
LEY 94 DE 1938	
7	370
224	339, 341
LEY 166 DE 1941	
—	145
12	145
LEY 167 DE 1941	
(Véase Código de lo Contencioso Administrativo).	
LEY 4ª DE 1943	
2	374
28	137, 139, 148, 288
LEY 51 DE 1943	
—	33, 37
1	33, 34
2	33, 34
3	35
4	37
7	32
LEY 69 DE 1945	
—	6, 9
1	252
1, ord. f)	5
2	5
8	5, 7
9	5, 7
17	7
17, Par. 2º	111

Artículos	Números
LEY 85 DE 1945	
—	312
LEY 39 DE 1946	
—	163
LEY 68 DE 1946	
1	390
LEY 18 DE 1952	
—	312
DECRETOS	
DECRETO LEGISLATIVO 2 DE 1906	
—	397
DECRETO LEGISLATIVO 37 DE 1906	
—	397
DECRETO 966 DE 1937	
6	317
DECRETO 2.200 DE 1938	
—	159
1, odr. a)	200
DECRETO LEY 1421 DE 1940	
14	51
DECRETO LEY 380 DE 1942	
15	145
DECRETO LEY 554 DE 1942	
34	268
52	268
DECRETO LEY 207 DE 1949	
6	145
DECRETO 3.518 DE 1949	
5	317
DECRETO 385 DE 1950	
—	238
DECRETO 1.231 DE 1950	
11	318
DECRETO 1.534 DE 1950	
3	318
DECRETO 3347 DE 1950	
5, num. 2º	41
5, num. 3º	116
DECRETO LEY 3.547 DE 1950	
—	134
DECRETO LEGISLATIVO 0243 DE 1951	
—	74, 342
1	146, 177
DECRETO LEGISLATIVO 1037 DE 1951	
5	147
6	147
7	147
DECRETO 1.056 DE 1953 (Véase Código de Petróleos)	
DECRETO 1814 DE 1953	
—	117, 317
DECRETO LEGISLATIVO 2770 DE 1953	
3, Parágrafo	197
5	197, 258
DECRETO 2.900 DE 1953	
140	318
DECRETO 1.426 DE 1954	
—	117, 317, 318
12	318

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

INDICE ALFABETICO

— A —

Abunza Aniceto - Casación por robo 306

Acosta Juan Ramón y otro contra Francisco y Carmen Tulia Arenas — Acción petitoria de dominio 85

Actos Legislativos números 1 de 1953 y 1 de 1954 — Se rechaza la demanda sobre su inexequibilidad 362

Agudelo o Arroyave Ana María o Flor María contra Aníbal Arroyave o Alvarez O. — Ordinario sobre filiación natural y petición de herencia 68

Aguilera Castro Matilde y otros contra Rafael D. Aguilera y otra. — Ordinario sobre filiación natural y petición de herencia . 638

Aguirre Campo Elías contra Isabel Aguirre o Campos y otros. — Juicio ordinario .. . 92

Aguirre Campo Elías. — Moción de duelo aprobada en Corte Plena con motivo de su fallecimiento 361

"A. Kiener & Cía." contra Emilio Matuk y otra. — Ordinario sobre pago de una suma de pesos 759

Albarracín Carlos Julio y Jesús. — Casación por homicidio 251

Alvarez Correa, Dominga Dávila v. de, contra la Nación. — Ordinario sobre propiedad de un inmueble 329

Angarita, Angelina Beltrán de, contra Bernarda y Camilo A. Angarita. — Juicio Ordinario. — Se declara desierto el recurso de casación 188

Arango Toro Samuel. — Colisión de competencias 234

Aranzazu, María Elena Montes González de, contra Guillermo Gutiérrez J. y otros. — Ordinario sobre nulidad de un testamento nuncupativo 649

Arbeláez Arcadio y otros. — Colisión de competencias en un proceso por calumnia e injuria 249

Arboleda Julio contra Heriberto Mingán. — Ordinario sobre oposición a la adjudicación de unos terrenos baldíos 212

Arias Rubio Pablo. — Se confirma el sobreseimiento definitivo a su favor 286

Arias Ernestina (en representación del menor Luis Carlos Arias) contra María del Carmen o Carmelita Ballesteros Medina o Medina Ballesteros. — Ordinario sobre filiación natural 437

Aristizábal Rigoberto. — Colisión de competencias 822

Armero Otoniel y otros contra Rosa Calvache Sapuyes. — Ordinario sobre oposición a la adjudicación de unos terrenos baldíos ... 750

Arteaga Vega Gerardo. — Se confirma el sobreseimiento definitivo a su favor 894

— B —

Baena, Pastora Mejía Botero de, contra Cesarfina Carrión v. de Bustamante. — Ordinario sobre cumplimiento de un contrato de compraventa 129

Banco Comercial Antioqueño contra la Nación. — Ordinario reivindicatorio 336

Bautista, María Elena Salinas de, y otros contra el Municipio de Bogotá. — Se niega la solicitud de que se declare terminado este juicio ordinario 615

Bautista, María Elena Salinas de, y otros con-

tra el Municipio de Bogotá. — Se acepta el desistimiento del recurso de casación . .. 616

Barraza Lora José María. — Se revoca la sentencia apelada y se declara una nulidad en el proceso seguido contra aquél por el delito de concusión 274

Bejarano Beltrán Alberto. — No se accede a restituír el término para formular demanda de casación en el proceso contra aquél 860

Berrío Francisco Luis contra el Departamento de Antioquia. — Juicio ordinario 1016

Bocanegra Heriberto O. — Se declara desierto el recurso de casación interpuesto en el proceso contra aquél 283

Bohórquez Prada Miguel. — Se confirma la providencia que ordenó cesar todo procedimiento contra él 232

Bolívar Vargas Simón contra María Elisa Amézquita o Bolívar y otros. — Ordinario sobre impugnación de la paternidad 516

Botero Peláez Tomás contra la sucesión de Epifanio Peláez R. — Ordinario sobre propiedad de unos semovientes 683

Buitrago Pedro y otros. — Casación por homicidio 877

— C —

Calle H. Aquileo contra José Domingo Garcés. — Ordinario sobre pago de unos honorarios profesionales 617

Calle Londoño Carlos y otros contra Avianca. — Indemnización de perjuicios ocasionados por un siniestro aéreo 162

Cantor Rengifo Frederman. — Juicio por faltas cometidas en el ejercicio de la abogacía 1010

Cantor Rengifo Frederman. — No se accede a aclarar la sentencia anterior 1015

Carbonell Wilches Francisco contra la Nación. — Ordinario originado en la ocupación de terrenos de propiedad privada por la Nación con ocasión de trabajos públicos 980

Cassianes Gómez Manuel Antonio y otros. — Casación por robo 548

Castañeda José Vicente. — Se acepta el desistimiento del recurso de casación interpuesto en el proceso contra aquél 532

Castro Néstor contra Rosa o Rosana Castrillón y otros. — Ordinario sobre pago de una suma de pesos 743

Cock Escobar Julián. — Sobreseimiento definitivo a su favor por cargos de responsabilidad 565

— CH —

Charris de la Hoz Saúl. — Juicio sumario por faltas contra la ética profesional 955

— D —

De Vargas A. Esteban contra Luis Felipe Llorente y otros. — Ordinario sobre nulidad relativa de unos contratos 475

Decretos leyes 380 y 554 de 1942 — Se declaran exequibles algunos de sus artículos y se decide que no hay lugar a pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de otros . .. 577

Decreto legislativo 1037 de 1951 — Se abstiene la Corte de proferir sentencia sobre la acusación de inconstitucionalidad de sus artículos 5º, 6º y 7º 608

Decreto legislativo 2266 de 1952. — Se resuelve que no hay lugar a proferir sentencia sobre la inconstitucionalidad de su artículo 18 589

Decreto legislativo 2770 de 1953. — Acusación por inexequibilidad de sus artículos 3º, 4º y 5º 571

Decreto legislativo 3217 de 1953 — Se declaran exequibles sus artículos 1º y 2 e inexequible el 3º 591

Del Vecchio Rosina contra María Mendoza

de Sánchez — Ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa 720

Departamento de Cundinamarca contra Manuel Uribe Afanador. — Se confirma el auto por el cual se admitió una tercería en este juicio ejecutivo 334

— E —

Echandía Darío. — Proposición aprobada en Sala Plena con motivo de su renuncia de Magistrado de la Corte 3

Erazo y Pardo Manuel y otros contra Jacobo Ankierman. — Acción reivindicatoria . . 102

Escobar Toro Eduardo contra Elisa Calle Arboleda. — Ordinario sobre existencia de una sociedad de hecho 724

Espinosa G. José Hilarión contra Sandalio Espinosa y otros. — Acción de nulidad y subsidiaria por lesión enorme 77

— F —

Fadul Bitar Jorge — Cesación del procedimiento por prescripción de la acción penal 887

Feldman Eva contra Grace & Compañía (Colombia) S. A. — Juicio ordinario 690

Fernández, Carmen Fonseca de, contra Sagrario Fonseca Avella. — Ordinario sobre rescisión de un contrato por lesión enorme 150

Fernández, Leticia Novoa de, contra Rúgero y Filiberto Novoa Meza. — Ordinario sobre simulación y nulidad de un contrato . 406

Fernández Sierra Pedro Nel. — Casación por homicidio y lesiones personales 797

Franco Clemente y otro. — Se declara desierto el recurso de casación interpuesto en el proceso contra aquéllos 245

Franco Rodríguez Manuel. — Se revoca el sobreseimiento definitivo objeto de la consulta 807

— G —

Galvis Ordóñez Luis Enrique. — Casación por robo 835

Garcés O'Byrne Ernesto. — Se confirma la providencia por la cual se negaron unas pruebas solicitadas en el proceso contra aquél 833

García Arboleda Santiago — Colisión de competencias 258

García María Antonia contra la sucesión de Domingo Fierro. — Ordinario sobre exclusión de unos bienes de los inventarios de la sucesión 42

Garzón Ignacio. — Se ordena cesar todo procedimiento contra él 229

Gélvez Valencia Samuel. — Colisión de competencias 805

Giraldo Z. Enrique y otros. — Se confirma la providencia que declaró prescrita la acción penal 828

Goenaga Roberto. — Proposición de reconocimiento por su desempeño en la Presidencia de la Corte. 4

Gómez Manuel Ernesto contra Filomena Hernández de Gómez y otros. — Acción ordinaria sobre nulidad de un juicio hipotecario 429

Gómez O. Víctor y otro contra Leonisa Arango v. de Marulanda. — Acción reivindicatoria 669

González Manuel Antonio y otro contra Jacinto y Víctor Rozo — Acción de dominio 155

González, Aquilina López v. de, y otros contra Rafael Durán — Ordinario sobre declaración de pertenencia de unos predios 627

González Cerón Jorge — Casación por homicidio 809

González Díaz Martiniano — Se confirma el sobreseimiento definitivo a su favor por prevaricato y abuso de autoridad 862

González García Luis Ernesto — Casación por homicidio ... 889

González Marín Guillermo — Se declara inadmisible el recurso de casación interpuesto en el proceso contra aquél por lesioness personales ... 298

González Torres Nicolás — Juicio sumario contra este abogado por faltas graves contra la moral profesional ... 1005

Goyeneche Ciro Enrique y otros — Se repone un auto y se ordena tramitar como articulación la solicitud de desembargo de unos bienes, en el recurso de casación interpuesto en el proceso contra aquéllos . 256

Se decide la articulación de que da cuenta el aparte anterior de este Indice ... 896

No se repone el auto anterior ... 900

Guzmán Vanegas Alfonso y otros contra la Nación — Acción de nulidad de unas resoluciones ministeriales que declaran la caducidad administrativa de un contrato ... 929

— H —

Henao Correa Samuel Antonio — Colisión de competencias ... 247

Herrera Ospina José María — Casación por homicidio ... 299

Hidalgo, Pastora de la Rosa de, contra Manuel Chaves Ruiz y otros — Ordinario sobre simulación y nulidad ... 58

"Hijos de José Yacamán" contra el Departamento de Antioquia — Ordinario sobre pago de una suma de pesos ... 921

— I —

Illera Martínez Armando y otra — Casación por violencia carnal y aborto ... 523

— J —

Jiménez, Mercedes Jiménez v. de, y otros contra Mercedes y Leonor Valencia o Hurtado Ordinario sobre resolución de un contrato . 713

— K —

Kaufmann Helma contra Gunter Traslateur Ordinario sobre divorcio y disolución de la sociedad conyugal ... 632

— L —

"Laboratorios Kíuhan S. A.", en liquidación y Teófilo Kíuhan contra la "Fábrica de Tejidos Costeños LTDA". — Ordinario sobre dominio de un lote de terreno ... 395

Laguna Blanca Alcira contra María Luisa Cartagena — Ordinario sobre filiación natural ... 387

Lamo Pulido Alfonso — Sobreseimiento definitivo a su favor por abuso de autoridad y falsas imputaciones ante la misma ... 801

Lara Pedro Felipe y otro contra el Municipio de Cúcuta — Ordinario sobre perjuicios por trabajos públicos ... 370

Leiva Charry Rafael — Proposición aprobada por la Corte Plena con motivo de su fallecimiento ... 3

Ley 39 de 1946 — Inexequibilidad de los incisos 3º y 4º de su artículo 1º ... 5

Ley 98 de 1948, Decretos números 3842 de 1949, 0690 y 1137 de 1950 — Acusación de inconstitucionalidad de algunos de sus artículos ... 597

Londoño Botero Tulio — Se confirma la providencia que declaró extinguida la acción penal y se ordena cesar todo procedimiento ... 826

López Gómez Vicente contra el Departamento del Valle — Se confirma el auto que rechazó una demanda de deslinde y amojonamiento ... 973

López H. Francisco y otros contra Arnulfo González Echeverry — Juicio sobre rendición de cuentas ... 54

Lozano Sanabria Jorge Alberto — Casación por Violencia carnal 815

Lucio Manuel Jesús — Se abstiene la Corte de conocer del recurso de queja presentado contra este Magistrado del Tribunal Superior de Cali 852

— M —

Mafla Mercedes contra el Presbítero Manuel Antonio Hormaza — Ordinario sobre simulación y reivindicación 20

Maldonado H. Faustino Fernando contra Luis F. Rodríguez y otra — Ordinario sobre simulación 716

"Manotas & Compañía" contra el Departamento del Atlántico — Acción resolutoria de un contrato de donación 962

Manrique S. Camilo y Alfonso contra la Nación — Ordinario sobre propiedad del subsuelo petrolífero y oposición a la propuesta número 541 formulada por Enrique Cortissoz para explorar y explotar petróleo . 344

Márquez José Antonio y otros — Se declara desierto el recurso de casación interpuesto en el proceso contra aquellos por el delito de robo 908

Martínez C. Florentino contra la Nación — Acción reivindicatoria 319

Martínez de los Reyes Amado y otro. — Se declara desierto el recurso de casación interpuesto en el proceso contra aquéllos . 522

Matiz López Carlos — Se declara inadmisible el recurso de casación interpuesto en el proceso contra aquél 868

Meléndez Pérez Luis — Proceso por lesiones personales — Recursos de hecho 312

Méndez Bolívar Carlos Enrique — Se revoca el sobreseimiento definitivo a su favor .. 227

Mendoza V. Alfonso contra Enrique Castellanos — Juicio ordinario — Se declara inadmisible el recurso de casación 741

Mojica Emma Gregoria Mejía de, y otra contra Miguel A. Angarita Garzón y otros. — Ordinario sobre simulación 773

Molina Bautista Raúl — Queja contra este abogado por faltas en el ejercicio profesional 996

Moncayo Guerrero Neftalí — Se revoca el sobreseimiento definitivo a su favor por abuso de autoridad 538

Monroy, Ana Tulia Guarín v. de, contra Miguel J. Neira y otros — Ordinario sobre oposición a la declaración de pertenencia de un inmueble por prescripción extraordinaria 200

Montoya Vélez Germán y otro contra Francisco Saldarriaga y otra — Acción resolutoria de un contrato de compraventa 672

Mora Salcedo Virginia contra los sucesores de Ramón Nonato Buitrago. — Ordinario sobre filiación natural 38

Morales Aldana Misael contra Salvador y José María Granada — Acción de dominio 113

Moreno Restrepo Gilberto contra la Nación Ordinario sobre dominio y posesión de unas minas 314

Muller Walter contra el Departamento de Nariño — Ordinario sobre indemnización de perjuicios por decomiso de unas botellas de alcohol 925

Municipio de Manatí contra la Nación — Ordinario sobre propiedad del subsuelo petrolífero 322

Muñoz Flor María Pacheco v. de, contra la Nación — Se suspende este juicio civil por estar cursando un proceso penal 991

Muñoz Torres César Ernesto — Se confirma el sobreseimiento definitivo a su favor . .. 271

— N —

Narváez Zuluaga Conrado — Se declara improcedente el recurso de revisión del proceso que se le siguió por ejercicio ilegal de

la medicina 547

Nieto Carrol Enrique y otro — Se ordena cesar todo procedimiento contra aquéllos .. 830

Noriega, Ana Tulia Buitrago de, contra Adelaida Fandiño de Díaz — Ordinario sobre filiación natural 136

Núñez, Edelmira Tascón de, contra Ramón Tascón Núñez — Juicio ordinario 502

Núñez Pablo y otros. — Solicitud de cambio de radicación 237

— O —

Ocampo Manuel Antonio contra Guillermo Ocampo Rodas — Ordinario sobre simulación 734

Ospina Arturo — Colisión de Competencias 849

Ospina Castaño Uriel — Se declara desierto el recurso de casación interpuesto en el proceso contra aquél 544

— P —

Padierna Joaquín Emilio — Casación por homicidio preterintencional 291

Pardo Manuel Benigno — Proposición aprobada en la Sala Plena con motivo de su fallecimiento 4

Parra Arteaga Saúl contra Zoila Rosa Reyes Ordinario reivindicatorio 472

Pascualy Camargo Víctor contra Compañía Productora de yeso y cal, Giraldo y Molina — Acción de indemnización de perjuicios 483

Patiño Herrera Jesús María — Se confirma el sobreseimiento definitivo a su favor por falsedad en documento público 865

Peláez Gómez Ernesto contra Julio Arcesio Ríos y otra. — Acción reivindicatoria . .. 192

Peñarete Publio Horacio contra Leovigildo Coy y otros. — Juicio ordinario. — Se rechazan las objeciones formuladas a la liquidación de costas 125

Peralta Bretón Edmundo. — Cambio de radicación 279

Perdomo Cabrera César contra Gratiniano Camacho M. — Ordinario sobre cobro de unos honorarios profesionales 466

Pérez R. Ana Rosa (en representación de sus menores hijos Fabiola y Fernando Pérez) contra Julián y Alejandro Sardi García Arana, representados por Aída Arana de Sardi — Ordinario sobre filiación natural 402

Perilla V. Jesús contra María Isabel Pardo M. — Ordinario reivindicatorio 441

Pineda Néstor — Proposición aprobada por la Sala Plena con motivo de su retiro de la Corte 4

Pinilla Prada José María. — Cesación del procedimiento en el sumario contra él..... 519

Pinzón, Ana Beatriz García de, contra Rafael Mejía Bermúdez. — Ordinario sobre la nulidad de un remate verificado en juicio ejecutivo 364

Posada R. Luis E. contra Adelina Mejía de Posada. — Ordinario sobre nulidad absoluta de una escritura 487

Preciado Olmedo Eric. — Proceso por homicidio. — Recurso de hecho 242

Prieto Francisco Antonio y otro. — Casación por estafa 910

— R —

Ramírez, Ana Rosa Velásquez de, contra herederos de Carlos Velásquez. — Acción de filiación natural y petición de herencia . 80

Ramos Ramos Martiniano. — Casación por homicidio y lesiones 267

Reales Dávila Miguel Antonio. — Casación por homicidio 870

Restrepo Toro María contra Joaquín Gómez Z. — Acción resolutoria de un contrato de compraventa ... 447

Reyes Olivares Adalberto. — Quejas contra este abogado por faltas contra la ética profesional ... 977

Rincón Torres Gerardo. — Se ordena devolver las diligencias para que se cumplan los requisitos legales en la tramitación del impedimento de un Magistrado para conocer del proceso contra aquél ... 824

Rodríguez María de la Cruz contra la sucesión de Eusebio Machado Novoa. — Ordinario sobre filiación natural ... 118

Rojas, Hercilia Ruano v. de, contra Jorge Aníbal Rojas — Ordinario sobre liquidación de una sociedad de hecho entre padres e hijos ... 454

— S —

Saladem Marrugo Carmelo y otro. — Se confirma el sobreseimiento definitivo a su favor ... 907

Salvamento de voto de los Magistrados Dres. Gómez Prada, Gómez R., Hernández, Zafra y Zuleta a la sentencia de Sala Plena que decidió sobre la demanda de inconstitucionalidad de los incisos 3º y 4º del artículo 1º de la ley 39 de 1946. ... 17

Del Magistrado Dr. José J. Gómez R. en relación con la parte motiva del tercer cargo del fallo que decidió el recurso en el juicio ordinario de María Elena Montes González de Aranzazu contra Guillermo Gutiérrez J. y otros ... 657

Del Magistrado Dr. Zuleta Angel a la sentencia de Sala Plena que decidió sobre la inconstitucionalidad del Decreto 3217 de 1953 ... 596

Del Conjuez Dr. Gonzalo Vargas Rubiano a la sentencia de Sala Plena que se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad de la ley 98 de 1948 y algunos decretos legislativos ... 604

Sánchez Bernardo. — Casación por homicidio ... 264

Sánchez Carmona Julia contra Pastora Sánchez de Landines y otros. — Ordinario sobre impugnación de la filiación legítima . 410

Sánchez V. Ricardo contra el Municipio de Medellín. — Acción petitoria de dominio . 379

Sandoval Marco Polo. — Sobreseimiento definitivo a su favor ... 534

Sandoval, Natividad Valencia de, contra Gustavo Buenahora. — Juicio ordinario. — Recurso de hecho ... 189

Schwartz Herbert contra Janice Wormser de Schwartz. — Ordinario sobre nulidad de matrimonio ... 126

Stenning Orellana Charles. — Solicitud de extradición ... 220

Suárez Alberto y Benjamín contra la Nación Acción de perjuicios por accidente de tránsito ... 971

— T —

Trejos Gabriel. — Colisión de competencias 239

— V —

Varón Jacobina contra Juan Gómez. — Acción resolutoria de un contrato de arrendamiento ... 610

Veloza F. Isaacs. — Se revoca la providencia dictada en el proceso contra aquél ... 885

Vidal Bernabé contra Plácida Trochez v. de Sandoval y otros. — Ordinario reivindicatorio ... 755

Villa Mendoza Manuel. — Se confirma la orden de cesar todo procedimiento contra él 261

Villate Olimpio. — Juicio de sucesión. — Se niega el recurso de apelación contra la providencia que decidió un incidente de recusación ... 554

— Z —

Zalamea Lleras Enrique y otros. — Solicitud de cambio de radicación 903

Zambrano Domingo y otro contra Jesús María Rodríguez. — Ordinario sobre nulidad de un contrato de permuta 479

Zapata García Luis Angel. — Se confirma el sobreseimiento definitivo a favor de este abogado por cargos en el ejercicio profesional 350

Zuluaga Diego de Jesús contra Miguel Bolaños. — Acción reivindicatoria 704

Zuluaga Mariano contra Alfonso Quintero Osorio y otra. — Oposición a una línea divisoria fijada en juicio de deslinde 492

ERRATAS ADVERTIDAS

Página 6. columna 1ª, renglón 43, dice: "El artículo 272 de la Constitución Nacional". Léase: **"El artículo 172 de la Constitución Nacional".**

Página 263, columna 1ª, renglón 28, dice: "causal". Léase: **casual.**

Página 308, columna 1ª, renglones 19 y 20, dice: "del ordinal 9º del estatuto represivo". Léase: **del ordinal 92 del artículo 37 del estatuto represivo.**

Página 310, columna 1ª, renglón 1, dice: "del ordinal 9º del estatuto represivo", léase: **del ordinal 9º del artículo 37 del estatuto represivo.**

Página 370, columnas 1ª, 7ª y 8ª dice: "el proyecto contenido". Léase: **el precepto contenido.**

Página 577, columna 1ª, renglón 26, dice: "facultades ordinarias". Léase: **facultades extraordinarias.**

Página 586, columna 1ª, renglón 26, dice: "Facultades ordinarias". Léase: **facultades extraordinarias.**

Página 607, columna 1ª, renglón 31, dice: "Tomo LXII". Léase: **Tomo XLII.**

Página 705, columna 1ª, renglón 37 ,dice: "especial". Léase: **espacial.**

Página 760, renglón 1ª, renglón 35, dice: "ley 39 de 1953". Léase: **Ley 39 de 1933.**

Página 877, columna 1ª, renglón 19, dice: "o de su parte legítima". Léase: O DE PARTE LEGITIMA.



ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS "TALLERES GRAFICOS MUNDO AL DIA"—CALLE 14 Nº 13-56—TEL. 14325.

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono número 14325, y será atendido inmediatamente.